Ejercicio del Control de Convencionalidad por jueces administrativos:

Estudio de caso Cúcuta una percepción desde lo judicial

Editores
Jaime Cubides-Cárdenas
Sergio Hernando Castillo Galvis
Juan David González Agudelo

Fundación Universitaria SAN MATEO
Editorial

Ejercicio del control de convencionalidad por jueces administrativos: estudio de caso de Cúcuta. Una percepción desde la judicatura

Jaime Cubides Cárdenas
Sergio Hernando Castillo Galvis
Juan David González Agudelo
(eds.)

SciELO Books / SciELO Livros / SciELO Libros

CUBIDES-CÁRDENAS, J., CASTILLO GALVIS, S. H., and GONZÁLEZ AGUDELO, J. D., eds. *Ejercicio del control de convencionalidad por jueces administrativos*: estudio de caso de Cúcuta. Una percepción desde la judicatura [online]. Bogotá: Editorial Fundación Universitaria San Mateo, 2022, 159 p. ISBN: 978-628-95262-4-0. https://doi.org/10.7476/9786287725164.

All the contents of this work, except where otherwise noted, is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.

Todo o conteúdo deste trabalho, exceto quando houver ressalva, é publicado sob a licença Creative Commons Atribição 4.0.

Todo el contenido de esta obra, excepto donde se indique lo contrario, está bajo licencia de la licencia Creative Commons Reconocimento 4.0.

Ejercicio del Control de Convencionalidad por jueces administrativos:

Estudio de caso Cúcuta una percepción desde lo judicial

Jaime Cubides Cárdenas
Sergio Hernando Castillo Galvis
Juan David González Agudelo
Editores

Ejercicio del Control de Convencionalidad por jueces administrativos:

Estudio de caso Cúcuta una percepción desde lo judicial

Fundación Universitaria
SAN MATEO
Editorial

Ejercicio del control de convencionalidad por jueces administrativos. Estudio de caso de Cúcuta una percepción desde la judicatura

© 2022, Fundación Universitaria San Mateo

© Jaime Cubides-Cárdenas, editor
© Sergio Hernando, Castillo Galvis, editor
© Juan David González Agudelo, editor
© Varios autores

Primera edición, 2022
ISBN: 978-628-95262-4-0 (digital)

Autoridades académicas
Juan Carlos Cadavid Botero, Rector
Richar Rangel Martínez, Vicerrector Académico
María Luisa Acosta Triviño, Vicerrectora Investigación y Bienestar
Ricardo Acosta Triviño, Director de Investigación

Preparación editorial
Editorial Fundación Universitaria San Mateo
Raúl Cera-Ochoa, coordinador de publicaciones
Paula Cabezas García, correctora de estilo
Samuel Mateo Aranguren Castañea, diseñador

Transversal 17 No 25-25
editorial@sanmateo.edu.co
https://www.sanmateo.edu.co/editorial.html

Bogotá, D.C., Colombia, 2022

Licencia Creative Commons - Atribución - Uso no comercial – Sin derivar

Este libro es resultado de un proceso académico-investigativo de la Facultad de Ciencias Sociales, Administrativas y Afines. Las opiniones expresadas son responsabilidad exclusiva del/los autor(es) y no constituye una postura institucional al respecto.

La Editorial de la Fundación Universitaria San Mateo se encuentra indexada en la Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico (REDIB) y SciELO Libros.

Hecho en Bogotá, D.C., Colombia

Catalogación en la publicación – Biblioteca Nacional de Colombia

Cubides Cárdenas, Jaime Alfonso, autor, editor
Ejercicio del control de convencionalidad por jueces administrativos : estudio de caso de Cúcuta. Una percepción desde la judicatura / autores, Jaime Cubides Cárdenas [y otros seis] ; editores, Jaime Cubides-Cárdenas, Sergio Hernando Castillo Galvis, Juan David González Agudelo. -- Primera edición. -- Bogotá : Fundación Universitaria San Mateo, 2022.
1.recurso en línea : archivo de texto: PDF.

ISBN 978-628-95262-4-0

1.Colombia. Corte Constitucional - Jurisprudencia 2. Colombia. Consejo de Estado - Jurisprudencia 3. Corte Interamericana de Derechos Humanos - Jurisprudencia 4. Control de convencionalidad - Investigaciones - Cúcuta 5. Responsabilidad del Estado - Investigaciones - Cúcuta 6. Jueces - Investigaciones - Cúcuta 7. Colombia - Derecho constitucional I. Castillo Galvis, Sergio Hernando, autor, editor II. González Agudelo, Juan David, autor, editor III. Picón Carvajal, Michelle, autor IV. Castillo Galvis, Sebastián Hernando, autor V. Fajardo Rico, Antonio, autor VI. Ortiz-Torres, Diana, autora

CDD: 342.86124085 ed. 23 CO-BoBN– a1135836

Contenido

6

Prólogo

9

Introducción
Estado del arte del control de convencionalidad

18

Capítulo I
Elementos sustantivos y adjetivos del control de convencionalidad

64

Capítulo II
Subreglas establecidas por la Corte Constitucional de Colombia y el Consejo de Estado para la aplicación del control de convencionalidad por los jueces de la república

106

Capítulo III
El juez administrativo frente a la aplicación del control de convencionalidad en los procesos iniciados por el medio de control de reparación directa

143

Exordio conclusivo

146

Referencias

156

Acerca de los autores

Prólogo

Producto de corrientes enfocadas a la internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional, en las últimas décadas se ha discutido mucho acerca del control de convencionalidad como aquel instrumento cuyo origen se remonta en dos momentos verificables en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH): el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003)[1] y el de Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006)[2]. Este último formaliza la obligación de los jueces nacionales en llevar a cabo un estudio de compatibilidad entre las normas de carácter interno y las disposiciones propias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), teniendo en cuenta la interpretación que la Corte IDH realice de esta.

El presente libro de investigación tiene por objeto de estudio el ejercicio del control de convencionalidad por los jueces administrativos del distrito judicial de Cúcuta, Colombia, en procesos de responsabilidad contra el Estado, iniciadas a través del medio de control de reparación directa, con ocasión de graves violaciones de derechos humanos. Reconoce que con la transformación de fuentes jurídicas en Colombia los instrumentos de rango internacional que cumplan con los criterios del artículo 93 harán parte del denominado bloque de constitucionalidad, sea en su sentido estricto o amplio. Sin embargo, en cualquiera de los casos resulta vinculante como resultado de la función integradora o interpretativa.

Como marco metodológico se estableció un interés práctico, con paradigma histórico-hermenéutico, de tipo cualitativo. También se acudió a un método jurídico-investigativo mediante técnicas de recolección de datos, por ejemplo, el análisis de contenido sobre providencias de carácter nacional e

---

[1] Se refiere al asesinato de la antropóloga guatemalteca Myrna Mack en 1990 por agentes del Estado debido a su trabajo en la denuncia de violaciones a los derechos humanos. En el contexto del conflicto armado interno en Guatemala, este caso emblemático resultó en una sentencia condenatoria de la Corte IDH en 2003, culpando al Estado de violaciones a los derechos a la vida, integridad personal y libertad de expresión.

[2] Se centra en la detención y tortura de Héctor Raúl Almonacid Arellano y otros por parte de agentes del Estado chileno durante la dictadura militar. Presentado ante la Corte IDH, este caso resultó en una condena al Estado de Chile por violaciones a los derechos a la libertad personal, integridad personal y garantías judiciales, destacando la importancia de la justicia en casos de violaciones a los derechos humanos.

internacional, así como entrevistas a jueces de la república. Posteriormente, se procedió al análisis de la información mediante la categorización, a partir de fuentes primarias y secundarias ya delimitadas, mediante un muestreo no probabilístico del modo casos-tipo. En ese sentido, el primer capítulo tendrá una subcategorización que iniciará por los elementos sustantivos y adjetivos del control de convencionalidad, proponiendo una genealogía hacia el control de convencionalidad. De esta forma se establecen criterios para la determinación de los instrumentos, tratados y providencias que se constituyen como parámetro para el ejercicio del control de convencionalidad, reconociendo los derechos y libertades sobre los cuales este puede convertirse en un medio de maximización hacia su garantía. Asimismo, se definen aspectos de carácter procedimental que pudiesen ser presupuesto para una eventual definición de competencias y regulaciones procesales que aseguren su ejercicio. Por tanto, abordará aspectos como la conceptualización, tipología, efectos, criterios y sistemas de ejercicio del control de convencionalidad. Lo anterior, derivado de las providencias (en sede consultiva y contenciosa) de la Corte IDH.

Posteriormente, se buscará delimitar el alcance del instrumento interamericano. Por consiguiente, se propone estudiar las subreglas establecidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado para la aplicación del control de convencionalidad por los jueces de la república en su función de administrar justicia. Esto dará cuenta que con la interpretación correcta del artículo 230 superior, la emisión de la Sentencia C-836 de 2001 por la Corte Constitucional y la entrada en vigor de la Ley 1437 de 2011, el precedente judicial adquiere un lugar especial en la aplicación del complejo mundo jurídico. También se entiende que los jueces de menor jerarquía se encuentran vinculados por las providencias emitidas por los máximos tribunales en relación con el control de convencionalidad y, en principio, establecen una aparente dicotomía entre la concepción que los dos tribunales tienen del instrumento.

Finalmente, se propende por describir la concepción del juez administrativo frente a la aplicación del control de convencionalidad en los procesos iniciados por el medio de control de reparación directa. Para esto se acude a tres niveles de operadores jurisdiccionales que permitan el análisis pleno del instrumentos: primero, Sergio García Ramírez como juez interamericano reconocido por desarrollar ampliamente la doctrina del control de convencionalidad; segundo, el magistrado del tribunal de Norte de

Santander; tercero, y último, el juez administrativo oral del circuito de Cúcuta. Aquí se fijan categorías importantes de estudio, tales como el origen de la obligación de ejercicio del control de convencionalidad, su incidencia en la reparación integral y la postura respecto a la categoría de *convencional e interamericano* del juez administrativo, sin perjuicio que resultarán categorías emergentes producto del análisis realizado tales como el *diálogo judicial* y la eventual *subsidiariedad* de observancia al *corpus iuris* interamericano.

Introducción
Estado del arte del control de convencionalidad

Jaime Cubides-Cárdenas

Sergio Hernando Castillo Galvis

Juan David González Agudelo

Desde su primera mención concreta por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006), el control de convencionalidad ha sido observado a profundidad por parte de múltiples estudiosos del derecho. A partir de su reconocimiento han encontrado un objeto de estudio importante, dada la trascendencia que pudiera tener en la efectividad de los derechos y garantías de los derechos humanos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); así como la interpretación que la Corte IDH haya realizado de esta. Por lo anterior, se traerá a colación los principales avances alcanzados en materia investigativa acerca del control de convencionalidad.

Los autores pretenden establecer la vinculación que existe entre el control de convencionalidad y la configuración de responsabilidad internacional del Estado por acción u omisión frente a las disposiciones señaladas en la CADH. En ese sentido, propone como ruta metodológica las generalidades de la responsabilidad del Estado frente a violaciones de los estándares internacionales de los derechos humanos (DDHH). Para esto acude a la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados (1969), a la CADH y múltiples pronunciamientos emitidos por la Corte IDH. De otro lado, identifica los fundamentos de la reparación integral a partir de aspectos convencionales, jurisprudenciales y doctrinales. Trabaja el test de convencionalidad como actividad fiscalizadora de compatibilidad frente actos y normas. Por último, lo que resultaría su tesis principal dentro del escrito, la incorporación de las opiniones consultivas emitidas por la Corte, siendo constitutivas del corpus juris de los derechos humanos, haciendo parte entonces de lo que Hitters (2013) denomina *material controlante.*

La relación con el presente trabajo se encuentra en las categorías de investigación propias del trabajo propuesto y se resumen en el control de convencionalidad como instrumento para garantizar los derechos fundamentales de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado; también la responsabilidad del Estado derivada de la causación de un daño antijurídico y que tiene niveles dependiendo de los hechos y el órgano que realiza tal declaratoria. Por último, la reparación integral, elemento axiológico propio del sistema interamericano para la protección de los DDHH de permanente evolución y, como bien lo menciona Bazán (2017), un esquema extremadamente simplificado permite indicar que uno de los objetivos de la intervención de la Corte IDH, a través de sus sentencias en casos contenciosos, consiste en rehabilitar el derecho, la libertad o la garantía conculcados. Esta visión resulta exigible al Estado colombiano en la propia obligación, en el ejercicio de control de convencionalidad, de acuerdo con posturas que serán señalados en este proyecto.

Es importante traer a colación una de las conclusiones a las que llegó el autor frente a las opiniones consultivas como elemento del material controlante dentro de la actividad fiscalizadora, teniendo en cuenta que aduce reconocer su carácter no jurisdiccional. Estas poseen fuerza vinculante y deben ser tomadas en consideración por los jueces; derivado en que los postulados iniciales del control de convencionalidad consagran la figura de la Corte IDH como intérprete natural de la CADH.

Sin lugar a duda el sistema jurídico colombiano ha sido sujeto de transiciones importantes respecto a su sistema de fuentes, teniendo como hito la Constitución de 1991. En el artículo señalado, producto de investigación cuyo fundamento se centra en el debate que ha presentado el control de convencionalidad frente el derecho nacional, interno o doméstico. Por ello se preguntó si existe coherencia entre el Estado constitucional, el Estado legislativo y justicia constitucional multinivel.

En ese sentido, se pretendió comprender los paradigmas que se han presentado respecto a la evolución del Estado de derecho. Como conclusión anticipada, a la fecha se configura la existencia de un Estado constitucional especializado por fenómenos como el bloque de constitucionalidad, el principio *pro-homine*, el control de convencionalidad, entre otros, señalando que este respeta los pactos, tratados y convenciones firmados y ratificados por Colombia, sobre Derechos Humanos y derecho internacional humanitario y considerando a todo el ordenamiento que hace parte del Bloque de constitucionalidad.

Ahora bien, el documento reseñado tiene impacto sobre mi trabajo porque pone en conocimiento el intenso debate de corte jurídico, dogmático y jurisprudencial que se ha suscitado con ocasión de la "doctrina de control de convencionalidad" (Ferrer Mac-Gregor, 2013, p. 32). Lo anterior, teniendo en cuenta parte de los efectos que ha traído consigo el control de convencionalidad concentrado (u original), ejercido exclusivamente por la Corte IDH, frente a la tendencia generada en el año 2006, respecto al deber de todos los jueces de trabajar este instrumento. Concluye –lo que posteriormente será objeto de debate en el trabajo– que el control de convencionalidad se ejerce por vía del bloque de constitucionalidad, partiendo que la CADH hace parte de nuestra Constitución. Además, aduciendo la vía de excepción para garantizar la efectividad del mecanismo y, de esta forma, cumplir con el efecto útil del instrumento internacional.

El autor parte de la tendencia jurídica que se ha presentado en los últimos tiempos bajo las denominaciones[3] de *internacionalización del derecho constitucional/constitucionalización del derecho internacional.* En este caso se toma la primera de estas categorías; denota la conversión que sufre Colombia en un nuevo modelo político de coexistencia; asimismo, deja en claro los procesos de integración e inserción, derivados de la aprobación de tratados –por parte del Congreso de la República–, según los presupuestos del Bloque de convencionalidad en los términos definidos en la Sentencia C-225 de 1995, en relación con su sentido amplio y sentido estricto, bajo su concepción como *dos eslabones consecutivos*[4].

El trabajo investigativo del cual resultó el artículo científico estudiado tuvo como propósito un análisis del control de convencionalidad a partir de la puesta en funcionamiento del control de constitucionalidad en Colombia, con el fin de brindar concepto, características, fines y consecuencias del referenciado control en el marco de nuestro ordenamiento jurídico. Esto permite inferir que por el trabajo hermenéutico, histórico y jurídico realizado por el autor será posible determinar algunos elementos sustantivos y adjetivos del control de convencionalidad. Como resultado y conclusión debe permitir realizar una propuesta respecto a la efectividad del mecanismo por vía de acción (recurso) o de excepción (inconstitucionalidad) y, con ello, garantizar su efectividad por parte de los jueces y órganos judiciales nacionales.

---

[3] Para más información, consultar "El control de convencionalidad y el sistema colombiano" de Quinche (2009).

[4] Consultar Sagües (2013) "Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La Constitución Convencionalizada".

Concluye el autor que se observa un escenario positivo de la tendencia de la armonización a través de Sistema Jurídico Integral o Multinivel. Implica abandonar la postura dualista o supranacional, ya que existen más semejanzas que diferencias, siendo más provechoso entender que ambos constituyen en derecho constitucional del ordenamiento jurídico y, tal vez más adelante, de uno constitucional para la integración.

Este artículo se presenta como producto de investigación. Su objetivo general consistió en analizar lo que en su momento era una novedad introducida en Brasil denominada *control de convencionalidad*. Fue escrito bajo el presupuesto de lo señalado en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006)[5] en relación con el ejercicio simultáneo al de convencionalidad; además de constituirse *ex officio*, efectuando propuestas frente a su concepción para su ejercicio por parte de los jueces y abogados con el fin de hacer un buen uso de estos.

Para ello los investigadores construyeron un cuestionario como instrumento de recolección de datos, aplicable a los magistrados, posterior a informar acerca de las generalidades del control de convencionalidad. Tomaron como muestra a aquellos operadores jurisdiccionales adscritos al Tribunal de Justiça de Santa Catarina. El trabajo en mención tuvo como conclusión que "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. O Controle de Convencionalidade também" [Las normas que definen los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata. El control de convencionalidad El trabajo en mención tuvo como conclusión que las normas que definen los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata. El control de convencionalidad también.

Este trabajo de investigación es relevante para el trabajo de investigación a desarrollar pues contiene dos de las tres categorías más relevantes: el control de convencionalidad y su ejercicio por parte de los jueces. Además, es importante aducir que metodológicamente se aplicaron técnicas e instrumentos para la recolección de datos de investigación, donde los sujetos de estudio fueron los magistrados del Tribunal de Justicia de Santa Catarina (Brasil).

De otro lado, el maestro Hernán Olano García (2016) es uno de los grandes juristas que actualmente existen en Colombia. Como antecedente,

[5] La Corte IDH determinó que el Estado peruano violó los artículos 8.1 y 25 de la CADH en relación con el despido de 257 trabajadores del Congreso. La Corte desestimó las excepciones preliminares del Estado y concluyó que hubo una falta de debido proceso, infringiendo así los derechos de las víctimas según las obligaciones de respetar y garantizar establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención.

realiza un trabajo de investigación que pretende responder una pregunta –fundamental para el presente trabajo de investigación–: "¿están preparados los jueces para aplicar en los países del Sistema Interamericano el Control de Convencionalidad?" (p. 62). Para esto hace uso de las principales referencias jurisprudenciales (caso Myrna Mack Chang, caso Tibi, caso Almonacid Arellano, caso Heliodoro Portugal, caso Radilla Pacheco, caso Cabrera García y Montiel Flores, entre otros) y doctrinales (Sergio García Ramírez, Néstor Sagües, Claudia Nash, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, entre otros). De esta forma define los elementos principales del control de convencionalidad desde su concepción y origen pretoriano al interior de la Corte IDH.

Metodológicamente es posible inferir que utilizó la técnica de análisis del discurso sobre los documentos seleccionados como fuentes de información. Asimismo, llegó a la conclusión que este mecanismo o instrumento puede ocasionar inconvenientes operativos en los sistemas jurídicos nacionales como el colombiano, motivado en el desconocimiento del bloque de derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH. Sin embargo, igualmente señala los dos fundamentos jurídicos del control: el efecto útil de los instrumentos –especialmente la CADH– y prevenir la configuración de un hecho ilícito internacional por parte del Estado, teniendo en cuenta la imposibilidad de alegar su incumplimiento por la aplicación de normas de carácter interno.

Este antecedente resulta pertinente respecto al trabajo de investigación a adelantar. La pregunta metodológica propuesta encuentra relación con la formulación del problema; así como proveer de elementos de juicio en la determinación de un procedimiento respecto al ejercicio y aplicación del control judicial de convencionalidad de carácter difuso.

Este artículo hace parte de los resultados alcanzados con ocasión del proyecto titulado "El impacto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las Altas Cortes colombianas" (2015). Tuvo como referencia algunas providencias emitidas por el Consejo de Estado y, sobre ellas, los elementos de juicio tomados de las sentencias de la Corte IDH en materia de reparación integral. Concluye afirmando la evolución en el carácter integral de la reparación a partir de los estándares fijados por el Tribunal Interamericano desde el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras[6] y el principio *retitutio in integrum*.

[6] La Corte IDH concluyó que Honduras violó los derechos a la vida, integridad y libertad personales de Manfredo Velásquez Rodríguez, quien fue víctima de desaparición forzada en 1981. Este caso estableció importantes precedentes sobre la responsabilidad de los Estados en la protección de los derechos humanos y el deber de prevenir, investigar y sancionar sus violaciones.

Como metodología para la consecución del material que se relaciona con el objeto de estudio, los autores tuvieron en cuenta los siguientes elementos:

> Lo que se hizo para llegar a los resultados que se exponen en este artículo fue: i) identificar cuáles son las medidas o estándares que utiliza la Corte IHD en sus sentencias para asegurar una reparación integral a las víctimas de violaciones de derechos humanos de cuya causación ha sido responsable el Estado, ii) seleccionar las sentencias del Consejo de Estado en las que ordena la reparación de daños causados por violaciones de derechos humanos por parte de Colombia, iii) ilustrar cómo el Consejo de Estado ha aplicado los estándares interamericanos de reparación en sus sentencias. Finalmente, se analizó la información obtenida lo que permitió concluir que el Consejo de Estado desde el 2007 ha utilizado criterios de reparación integral desarrollados por la Corte IDH.

Por las categorías y el marco metodológico este producto de investigación encuentra utilidad como antecedente, sin perjuicio que el Consejo de Estado definiera parámetros importantes en materia de reparación y en reconocimiento del control de convencionalidad mediante la Sentencia de Unificación Jurisprudencial – Uso de armas de dotación del 28 de agosto del 2014 .

Uno de los grandes exponentes de las teorías, avances y evolución del control de convencionalidad ha sido Juan Carlos Hitters (2013). Sin embargo, para efectos del presente documento se trae a colación una investigación realizada por el autor relacionada con el carácter vinculante/obligatorio de las sentencias emitidas por la Corte IDH. Elabora un estudio sobre el caso Gelman vs. Uruguay (2011)[7], especialmente, su resolución de cumplimiento del año 2013. Además, en relación con el voto razonado que emitiera Ferrer McGregor, allí se encuentra que las providencias de la Corte IDH tienen fuerza vinculante –en alguna u otra– con mayor intensidad. La máxima se evidencia cuando el Estado es interviniente dentro del proceso que finalizó con su condena y de menor cuando el Estado no es parte. Pero en virtud del artículo 69 convencional se establecen dos elementos: la notificación a

[7] Se centra en el secuestro, tortura y desaparición forzada de María Claudia García de Gelman durante la dictadura militar en Uruguay, junto con la apropiación ilegal de su hija recién nacida. La Corte IDH concluyó que Uruguay violó la CADH al no investigar adecuadamente y sancionar estos actos. La sentencia destaca la importancia del derecho a la verdad y la justicia para las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos, subrayando la responsabilidad del Estado en estos casos.

las partes que lo integraron –incluyendo el Estado– y su transmisión a los demás Estados. Lo anterior, debido a que la línea jurisprudencial del control de convencionalidad siempre hace referencia a la Corte IDH como intérprete natural del instrumento.

El artículo mencionado contribuye al cumplimiento del primer objetivo específico propuesto, en relación con identificar los elementos sustanciales y adjetivos del control de convencionalidad. En el presente caso se fortalece la idea de un derecho común (*ius commune*) internacional y el control de convencionalidad como mecanismo ejercido principalmente con observancia del principio pro-homine.

Ahora bien, el artículo "¿Cómo funciona el control de convencionalidad?: definición, clasificación, perspectiva y alcances" (2013), publicado en la revista *Iter Ad Veritatem* de la Universidad Santo Tomás de Aquino de Tunja, tiene por objetivo general "mostrar, de acuerdo con las sentencias dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, qué es el control de convencionalidad, y cuáles son los efectos que sus decisiones tienen sobre los estados, especialmente dentro del estado Colombiano" (p. 198). Para tal fin acude a una metodología de carácter deductiva, de corte hermenéutico. A partir de las providencias emitidas por la Corte IDH, artículos de revisión, reflexión y resultados de investigación, pretende encontrar la relevancia que tiene el control de convencionalidad y la inclusión de las decisiones de la Corte IDH en los ordenamientos internos. Como resultados alcanzados, hasta el momento la definición en desarrollo del control de convencionalidad es:

> Actividad judicial operativa, respecto de los hechos y de las leyes, que hace efectivo el carácter normativo y legal de la Convención Americana de Derechos Humanos y de todos aquellos tratados que comprenden el Sistema Interamericano de Defensa de estos derechos. (p. 205)

Este artículo tiene incidencia para el proyecto de investigación propuesto dado que fija algunos de los criterios más relevantes a la hora de estructurar correctamente la teoría del control de convencionalidad en su definición y ejercicio. Por tanto, resulta necesario tener como presupuesto los avances presentados por este tipo de antecedentes académicos de carácter nacional e internacional en la materia. Asimismo, se reconoce por el autor que la Corte Constitucional de Colombia ha mantenido un "vaivén" frente a la tesis de obligatoriedad de la doctrina de los tribunales internacionales.

Como antecedentes académicos internacionales se tiene el trabajo abordado como resultado del libro de *Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional* (2013). Su objeto de estudio es el control de convencionalidad, estableciendo los principales instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y su ejercicio por el Tribunal Constitucional. Como metodología aplicada, se infiere una revisión de antecedentes literarios y múltiples providencias de la Corte IDH, así como del máximo tribunal en el estado latinoamericano. El trabajo adelantado concluyó:

> En el caso del Perú, ha sido aceptado muy pronto y aun antes de que dicho control surgiera, por nuestro Tribunal Constitucional. En cuanto al Poder Judicial, es todavía incipiente la acogida de dicho control, más aún cuando son muchas las causas que no llegan a la Corte Suprema de la República, y menos aún al Tribunal Constitucional. (García y Palomino, 2013, p. 241)

Este antecedente investigativo tiene incidencia en el trabajo a desarrollar dado que ofrece un derrotero frente al abordaje práctico del control de convencionalidad en un Tribunal Constitucional. Además, tiene como referencia que el segundo objetivo de este proyecto: pretende determinar las subreglas desarrolladas por la Corte Constitucional como órgano de cierre en el ordenamiento jurídico colombiano.

Por su parte, el artículo "Dilemas de la aplicación y eficacia del control de convencionalidad en el derecho doméstico" tiene como objeto de estudio el análisis del control de convencionalidad a partir de la problemática que pueda presentarse en pujas jurisdiccionales entre órganos de carácter interno y las decisiones adoptadas por la Corte IDH, constituidas como material controlante en el ejercicio del instrumento, especialmente en los casos denominados *difíciles.* Para ello se adoptó una metodología lógico-deductiva con el propósito de "esclarecer en el debate jurídico cuál de los controles debe prevalecer: o la Convención supranacional o la Constitución Política, o si, por el contrario, deben subsistir ambas en contexto" (Castro Córdoba, Murillo Cossio, Moreno Mosquera, & Duque Sierra, 2017, p. 38). Entre varios aspectos, concluye que la obligación en el ejercicio del control de convencionalidad surge desde el momento en el que los Estados parte ratifican la competencia de la CADH y, adicionalmente, encuentran en México un referente importante en la adopción del instrumento.

El trabajo abordado tiene incidencia en la investigación adelantada al reconocer la vicisitud que pueda presentarse en la resolución de casos difíciles en que el juez nacional encuentre una posible dicotomía de ordenamientos. Ratifican que su correcto ejercicio dependerá en enorme medida de la definición de competencias y regulaciones procesales que lo faciliten.

Capítulo I
Elementos sustantivos y adjetivos del control de convencionalidad

Jaime Cubides Cárdenas

Sergio Hernando Castillo Galvis

Juan David González Agudelo

Michelle Picón Carvajal

Hacia una genealogía del control de convencionalidad

Al hacer un símil bajo la figura de árbol genealógico como aquel conjunto de antecedentes de una persona o ser vivo, el presente acápite propone la determinación de los hitos en materia jurisprudencial al interior de la Corte IDH –de forma enunciativa–. A su vez, reconoce que en los más de quince años de pronunciamiento de la categoría *control de convencionalidad* existe un vasto desarrollo jurisprudencial, proponiendo momentos históricos a partir de su concepción.

Pre-control de convencionalidad: responsabilidad de los Estados en la emisión de normas contrarias a la Convención (desde OC-14/94 hasta 2002).

Es posible identificar un momento que pudiese denominarse *pre–control de convencionalidad.* Su inicio radica en la emisión de la Opinión Consultiva 14 (OC-14/94) por la Corte IDH, en relación con la responsabilidad internacional de los Estados por la expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención. Lo anterior, teniendo como gran categoría de creación la figura de la *violación per se de la Convención* que resultó, de forma unánime, con lo siguiente:

1. La expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de esta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado.
2. Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya per se un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto. (OC-14/94)

La interpretación surge de la obligación general prevista en el segundo artículo de la CADH, traducido en el deber de adoptar las medidas de todo orden para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades previstos en el instrumento. Tal es la relevancia de esta Opinión Consultiva que para efectos del estudio realizado Quinche (2014) señala que lo más significativo del documento está en la determinación de dos enunciados con estructura de regla:

> El primero de los enunciados se refiere al valor de las normas internas frente a la Convención Americana, y el segundo dispone el establecimiento de un concepto, el de "violación *per se* de la Convención", que es decisivo para comprender el alcance de la regla de proscripción de las amnistías y el ejercicio del control de convencionalidad sobre estas. Así, respecto del primer punto, la tesis de la Corte es la siguiente: "(…) En los supuestos o hipótesis de violación de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados parte y que resulten de una eventual contradicción entre sus normas de derecho interno y las de la Convención, aquellas serán evaluadas por la Corte en procesos contenciosos como simples hechos o manifestaciones de voluntad, susceptibles de ser ponderados solo respecto de las convenciones y tratados involucrados. (p. 170)
>
> De otro lado, la OC-14/94 expresa sobre las leyes de aplicación inmediata: (…) tal como han sido definidas anteriormente, la violación de derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho

> de su expedición. Así una norma que despojara de algunos de sus derechos una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza. (p. 4)

De lo anterior, se generó que en múltiples ocasiones la Corte IDH declarara la responsabilidad internacional del Estado y tuviera tal incidencia en ordenamientos internos, que organizara la modificación de su normatividad de todos los rangos, verbigracia el caso Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos) vs. Chile (2007)[8] y el caso Barrios Altos vs. Perú (2001)[9]. De acuerdo con lo anterior se construye un momento hito derivado de la emisión de la OC-14/94 que señaló la responsabilidad internacional de los Estados por la expedición y aplicación de normas contrarias a la convención, a tal punto que podría entenderse como un ejercicio de control concentrado y propio de la Corte IDH.

Control de convencionalidad en sentido concentrado.

Para continuar con la postura propuesta, la Corte IDH por primera vez acuñe la categoría de *control de convencionalidad* desde su sentido concentrado, bajo las denominaciones que bien ha entendido Sergio García Ramírez (2011) como *propio, original o externo.* Como juez en el voto concurrente razonado del caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003) adujo que:

---

[8] Se argumentó que Chile violó la libertad de pensamiento y expresión al prohibir la película "La Última Tentación de Cristo" en 1988. Aunque se propuso eliminar la censura en 1999, la Corte determinó que Chile incumplió deberes generales según la CADH. No obstante, se concluyó que no se violó la libertad de conciencia y religión debido a que no privó o menoscabó a ninguna persona su derecho de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su religión o sus creencias. En la cual determinó ordenar en su parte resolutiva la modificación del artículo 19 de la Constitución chilena por encontrarse contraria a las disposiciones de la CADH, en relación con la libertad de expresión, específicamente referente a la censura previa.

[9] La violación de derechos humanos ocurrida el 3 de noviembre de 1991, cuando un grupo militar perpetró una masacre en el Barrio de Barrios Altos en Lima, Perú. La Corte determinó que el Estado peruano violó los derechos a la vida, a la integridad personal y a las garantías judiciales. Además, estableció que la Ley de Amnistía de 1995, que pretendía eximir a los perpetradores de responsabilidad, era incompatible con la CADH. Este caso es significativo por su impacto en el reconocimiento de la obligación de los Estados de investigar y sancionar graves violaciones a los derechos humanos, así como por la invalidación de leyes de amnistía que buscan la impunidad.

> No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte solo a uno o algunos de sus órganos, entregar a estos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del "control de convencionalidad" que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional. (p. 7)

Posteriormente, en el voto concurrente razonado del caso Tibi vs. Ecuador (Corte IDH, 2004)[10] reafirmó la figura del control de convencionalidad bajo el sentido propuesto. Establece una relación entre el control de constitucionalidad ejercido en un número importante de Estados signatarios y señala la similitud respecto al control de convencionalidad en cabeza de la Corte IDH. Para esta ocasión resalta:

> 3. En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados –disposiciones de alcance general– a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la "constitucionalidad", el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la "convencionalidad" de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales– al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados parte en ejercicio de su soberanía

[10] Se centró en el comerciante francés de piedras preciosas, Daniel Tibi. Fue detenido en 1995 bajo acusaciones de narcotráfico sin que se le informaran los cargos. Durante su detención hasta 1998, Tibi sufrió tortura. La Corte concluyó que Ecuador violó sus derechos a la libertad personal, protección judicial, integridad personal y garantías judiciales. También se constató la violación de derechos de otros familiares y del derecho a la propiedad privada de Daniel Tibi.

Probablemente el antecedente jurisprudencial previo a la transición entre la concepción del control de convencionalidad, concentrado hacia el difuso de carácter judicial, es el voto razonado del juez Sergio García Ramírez en el caso López Álvarez vs. Honduras (2006)[11] de fecha 1 de febrero de 2006. Allí reafirma la denominación al estudio de compatibilidad realizado por el Tribunal Interamericano como *control de convencionalidad.* En términos del juez:

> 30. Al analizar la complejidad del asunto, la Corte que verifica la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención –es decir, el órgano que practica el "control de convencionalidad"– debe explorar las circunstancias de jure y de facto del caso.

De esta forma se ratifica la figura del control de convencionalidad en su sentido concentrado, original o externo. En palabras de García (2011) este "incumbe, original y oficialmente, a la Corte IDH cuando se trata de examinar casos de los que aquélla conoce y a los que aplica normas conforme a su propia competencia material" (p. 140).

Especie de control de convencionalidad.

En la última década la providencia de mayor relevancia en materia de control de convencionalidad es la concerniente al caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006). Corresponde a la ejecución extrajudicial a la que fue sometido el señor Luis Alfredo Almonacid Arellano por miembros de la fuerza de carabineros en septiembre del año 1973. Adicionalmente, desde el Poder Legislativo del Estado se expidió la Ley 2191 de 1978 que limitó abiertamente las obligaciones del Estado en relación con la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables. Específicamente, en lo que refiere al control de convencionalidad, reconociendo el género que constituye la convencionalidad, este se instituyó como un tipo de especie en su efectividad. En ese sentido, se encontró que el Tribunal contempló: a) el reconocimiento de los jueces a nivel interno y su obligación de actuar bajo el imperio de la ley pero; b) estableciendo que en el momento en que se ratifica y/o aprueba[12]

[11] López Álvarez, líder de organizaciones en Honduras, fue detenido en 1997 bajo acusaciones de posesión de drogas, enfrentando maltratos físicos y coacción durante su detención. Después de un proceso legal irregular, estuvo privado de libertad durante seis años y cuatro meses en condiciones precarias. La Corte concluyó que Honduras violó los derechos a la libertad personal, integridad personal y garantías judiciales destacando la importancia del respeto a los derechos fundamentales en el sistema penitenciario.

[12] Elementos sustantivos del control de convencionalidad. Luego de haber realizado a modo de introducción la genealogía del control de convencionalidad con fundamento

un tratado como la Convención surge una obligación de los jueces y el Poder Judicial. Lo anterior en los siguientes términos:

> 124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer *una especie de "control de convencionalidad"* entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana

Tal determinación fue ampliamente ratificada en providencias posteriores, entre las cuales se encuentran: caso La Cantuta vs. Perú (2006)[13]; caso Boyce y otros vs. Barbados (2007)[14]; caso Comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010)[15]; caso Fernández Ortega y otros vs. México

normativo y jurisprudencial, así como la conceptualización propuesta del instrumento; en este punto se propende por escindir la definición propuesta para conformar –de forma enunciativa, y de acuerdo con la jurisprudencia estudiada–, buscando una mejor comprensión. Para ello se acudió a fuentes de carácter normativo, jurisprudencial y doctrinal.

[13] Detención arbitraria, ejecución o desaparición de un docente y nueve estudiantes de la Universidad Nacional de Educación "Enrique Guzmán y Valle". En materia de control de convencionalidad trae a colación en su capítulo XI, respecto al deber general de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2, CADH) a partir de la "existencia formal de las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26.493 dentro del ordenamiento jurídico peruano constituye per se un incumplimiento del artículo 2 de la Convención". Asimismo, estas leyes ya habían sido analizadas en el caso Barrios Altos vs. Perú (2001).

[14] Hace referencia a la condena de muerte del señor Boyce y cuatro personas más de acuerdo con las disposiciones de Derecho Interno en Barbados, considerada por la Corte IDH como contraria a la obligación general de adopción, prevista en el segundo artículo del CADH. En materia de control de convencionalidad, debe recordarse que conforme a los hechos probados el artículo 26 de la Constitución establece una "cláusula de exclusión" respecto al estudio de constitucionalidad sobre normas previas a su entrada en vigor, entre las cuales se encuentra la pena de muerte.

[15] Se refiere a la responsabilidad del Estado por no haber garantizado el derecho de propiedad ancestral de los miembros de la comunidad. En relación con el control de convencionalidad se estudia la emisión del Decreto 11804 que declaró área silvestre bajo dominio privado a parte del territorio reclamado.

(2010)[16]; caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia (2010)[17]. Asimismo, el caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil (2010)[18]; caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010)[19]; caso Gelman vs. Uruguay (2011)[20]; caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela (2011)[21]; López Mendoza vs. Venezuela (2011), entre otros.

Control judicial de convencionalidad.

Sin resultar contrario sino complementario a la regla fijada por la Corte IDH en el Caso Almonacid Arellano, el Tribunal Interamericano reafirma la obligación del Poder Judicial y los jueces en todos sus niveles en ejercer

[16] Los actos giran en torno a la violación sexual en contra de Inés Fernández Ortega por parte de agentes militares en el año 2002. En lo referido al control de convencionalidad, encuentran antecedente en el caso Radilla Pacheco, soportado en que es necesario modificar el artículo 13 de la Constitución y el 57 del Código Penal Militar.

[17] Desaparición forzada del señor Rainer Ibsen Cárdenas y la muerte de José Luis Ibsen Peña. El control de convencionalidad lo trae a colación en el acápite correspondiente a "imprescriptibilidad de las graves violaciones a derechos humanos". Como valor agregado, y a efectos del estudio investigativo desarrollado, la misma Corte IDH reconoce el ejercicio del control por Colombia en la Sentencia C-580 de 2002.

[18] Los acontecimientos se centran en la matanza y desaparición de miembros de la guerrilla de Araigua. Según datos de la Comisión Especial sobre muertos y desaparecidos políticos, entre 1972-1975 existen 354 muertos. En 1979 se dicta una ley de amnistía que ha impedido la correcta investigación de los hechos y sanción de los responsables. En relación con el control de convencionalidad es uno de los casos contenciosos con mayor énfasis (frecuencia) en el término, al punto que se desarrolla respecto a los siguientes momentos: primero, la regla de la cuarta instancia; segundo, incompatibilidad de las amnistías relativas a graves violaciones de derechos humanos; tercero, control concentrado de convencionalidad.

[19] Los hechos del presente caso se enfocan en la detención arbitraria, así como tratos crueles y degradantes a los que fueron sometidos Teodoro Cabrera García y Rodolfo Montiel Flórez (mayo de 1999). Respecto al control de convencionalidad tiene algunos momentos: por un lado, es utilizado como un argumento del Estado para alegar la falta de competencia de la Corte IDH; por otra parte, de forma similar a lo previsto en las Sentencias de los Casos Radilla Pacheco y Fernández Ortega, se empleó el control de convencionalidad derivado de la obligación general prevista en el artículo 2° de la CADH; a su vez, cita el ejercicio de control de convencionalidad por otros Estados en sede interna

[20] Los actos del caso se concentran en la desaparición forzada del señor Marcelo Gelman y la señora María Claudia Irruretagoyena de Gelman, así como la supresión y sustitución de identidad de María Macarena Gelman García (1976-1977). Referente al control de convencionalidad se acude frente a la emisión de la Ley de caducidad que impidió la investigación y sanción de los responsables, desconociendo lo señalado en el octavo artículo de la CADH.

[21] Los hechos del caso se encuentran relacionados con la destitución arbitraria de la juez Mercedes Chocrón Chocrón sin ofrecer garantías de un debido proceso. Respecto al control de convencionalidad se pronuncia en el acápite de reparaciones, específicamente de no repetición, trayendo a colación su ejercicio por tribunales de las más altas jerarquías a nivel interno de diversos Estados.

el control de convencionalidad. Está soportado especialmente en la función de los jueces cuando el poder legislativo falla en la propia (véase párrafo 123 del caso Almonacid Arellano) respecto al cumplimiento de las disposiciones convencionales. En palabras de García (2011) supone:

> El acceso a la justicia a través del debido proceso, concepto fundamental de los sistemas nacional e internacional de protección de los derechos humanos. El juzgador es la pieza central del acceso a la justicia y el despacho de esta a través del debido proceso. Las características y el papel de este frente al individuo que reclama su derecho —o pretende reclamarlo— se hallan en el artículo 8º CADH. (p. 27)

Para ratificar dicha regla –que ha sido la más fuerte y la que resulta más comprensible–, y para efectos de este trabajo de investigación, existen antecedentes al interior de la jurisprudencia de la Corte IDH como el caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010); caso Vélez Loor vs. Panamá (2010)[22]; caso Gelman vs. Uruguay (2011); caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela (2011); caso López Mendoza vs. Venezuela (2011); caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina (2011)[23]; caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012)[24]; caso Furlán y Familiares vs. Argentina (2012)[25]; caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala (2012)[26]; caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar")

[22] Durante 2002 se dio la detención por materia migratoria en contra del señor Jesús Vélez, así como su sometimiento a malas condiciones carcelarias (torturas). En materia de control de convencionalidad lo trae a colación frente a la obligación del Estado panameño en adaptar su legislación migratoria a los estándares establecidos en la CADH.

[23] Los periodistas Fontevecchia y D'Amico fueron demandados por el presidente Menem por artículos que sugerían un presunto hijo no reconocido. A pesar de la condena inicial, la Corte Suprema ajustó el monto indemnizatorio. La Corte IDH determinó que Argentina violó el derecho a la libertad de expresión de los periodistas según la CADH. Este caso destaca la importancia de proteger la libertad de expresión en situaciones judiciales, en consonancia con los derechos humanos fundamentales.

[24] Los hechos del presente caso se encuentran relacionados con el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Rifo, debido a su orientación sexual. En relación con el control de convencionalidad nuevamente acude para la determinación de garantía de no repetición como medida de reparación.

[25] Los actos se centran en las demoras presentadas a la hora de pagar una indemnización por parte del Estado argentino, y de la cual dependía un tratamiento médico en favor de Sebastián Furlán. En relación con el control de convencionalidad, se menciona respecto a su importancia en reformas legales que involucren menores de edad y personas con discapacidad.

[26] Los hechos del presente caso están determinados por cinco masacres en contra de miembros de la comunidad de Río Negro (1980 y 1982) ejecutadas por el ejército de Guatemala y miembros de las Patrullas Autodefensa Civil. Sobre el control de convencionalidad, por primera vez alega la violación de los artículos 8.1 y 25.1 por no haberlo ejercido.

vs. Guatemala (2012)[27]; caso Mendoza y otros vs. Argentina (2013)[28]; caso J. vs. Perú (Corte IDH, 2013)[29]; caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname (2014)[30]; caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala (2016)[31]; caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala (2016)[32].

Control público de convencionalidad.

Sin duda, el caso Gelman vs. Uruguay (2011) ha significado la ampliación en el espectro de destinatarios de la obligación de ejercer el control de convencionalidad. Allí amplía dicha prerrogativa a todas las autoridades adscritas al Estado bajo los siguientes términos:

> 239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero

[27] El caso expone la responsabilidad internacional del Estado por la desaparición forzada de veintiséis personas, la ejecución extrajudicial de una persona y los actos de tortura en perjuicio de una niña, por parte de agentes militares, así como por la falta de investigación y sanción de los responsables de los hechos. Al igual que en el caso anterior, se aduce el control de convencionalidad bajo el presupuesto de obligación en investigar los hechos que generaron las violaciones e identificar, juzgar y sancionar a los responsables.

[28] El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la imposición de la prisión y reclusión perpetuas a menores de dieciocho años, y a los recursos interpuestos contra las sentencias condenatorias. Respecto al control de convencionalidad reafirma la obligación de los jueces y órganos de administrar justicia, el ejercicio del instrumento.

[29] Los hechos del presente caso giran en torno a la detención, enjuiciamiento y extradición de la señora J por la supuesta comisión de los delitos de apología y terrorismo. En medio de dicha detención se produjeron tratos crueles, inhumanos y degradantes. Aquí el control de convencionalidad actúa como parámetro de reparación en el elemento de garantías de no repetición, en lo que respecta al Decreto Ley 25.475.

[30] Investigación sin las debidas garantías del señor Alibux mientras se desempeñó como ministro. En materia de control de convencionalidad, utilizó tal denominación en el estudio de presunta violación del artículo 25 de la CADH, así como parámetro de garantía de no repetición.

[31] María Inés Chinchilla Sandoval padeció varios problemas de salud y una situación de discapacidad física sobrevenida que terminaron con su muerte, mientras se encontraba privada de su libertad cumpliendo una condena penal. Aquí el control de convencionalidad se menciona en el estudio de presunta vulneración a los artículos 8 y 25 del CADH.

[32] Grave violaciones de derechos humanos por parte del estado de Guatemala en contra de miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rebinal. El control de convencionalidad lo señala en relación con la obligación de determinación, enjuiciamiento y eventual sanción de los responsables.

> régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad" (supra párr. 193), *que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial* [énfasis agregado].

Ello ha sido ratificada en los siguientes antecedentes jurisprudenciales con voto razonado de Sergio García Ramírez en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006)[33]; caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela (2011); caso López Mendoza vs. Venezuela (2012); caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina (2011); caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia (2013)[34]; caso Mendoza y otros vs. Argentina (2013)[35]; caso Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala (2016); caso Tenorio Roca y otros vs. Perú (2016)[36]; caso Pollo Rivera y otros vs. Perú (2016)[37]; así como el caso Andrade Salmón vs. Bolivia (2016)[38].

---

[33] Trabajadores cesados del Congreso del Perú que ascienden a 257 víctimas, en el período de presidencia de Alberto Fujimorí. 2. Se reconoce la obligación de ejercer el control de convencionalidad de forma conjunta al de convencionalidad, reconociendo que el Estado desde su Poder Judicial debió abstenerse a la aplicación de la ley (Decreto 25640) que dificultaba el accionar mediante recurso de amparo.

[34] Un operativo militar colombiano en 1998 resultó en el lanzamiento de bombas de fragmentación, causando la muerte de diecisiete personas y dejando veintisiete heridos en Santo Domingo. La Corte IDH desestimó excepciones presentadas por el Estado y declaró su responsabilidad por violaciones al derecho a la vida, integridad personal, propiedad privada y circulación. Se instó al Estado a continuar investigaciones para esclarecer completamente los hechos y responsabilidades.

[35] El caso se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la imposición de la prisión y reclusión perpetuas a menores de 18 años, y a los recursos interpuestos contra las sentencias condenatorias. Respecto al control de convencionalidad reafirma la obligación de los jueces y órganos de administrar justicia con el ejercicio del instrumento.

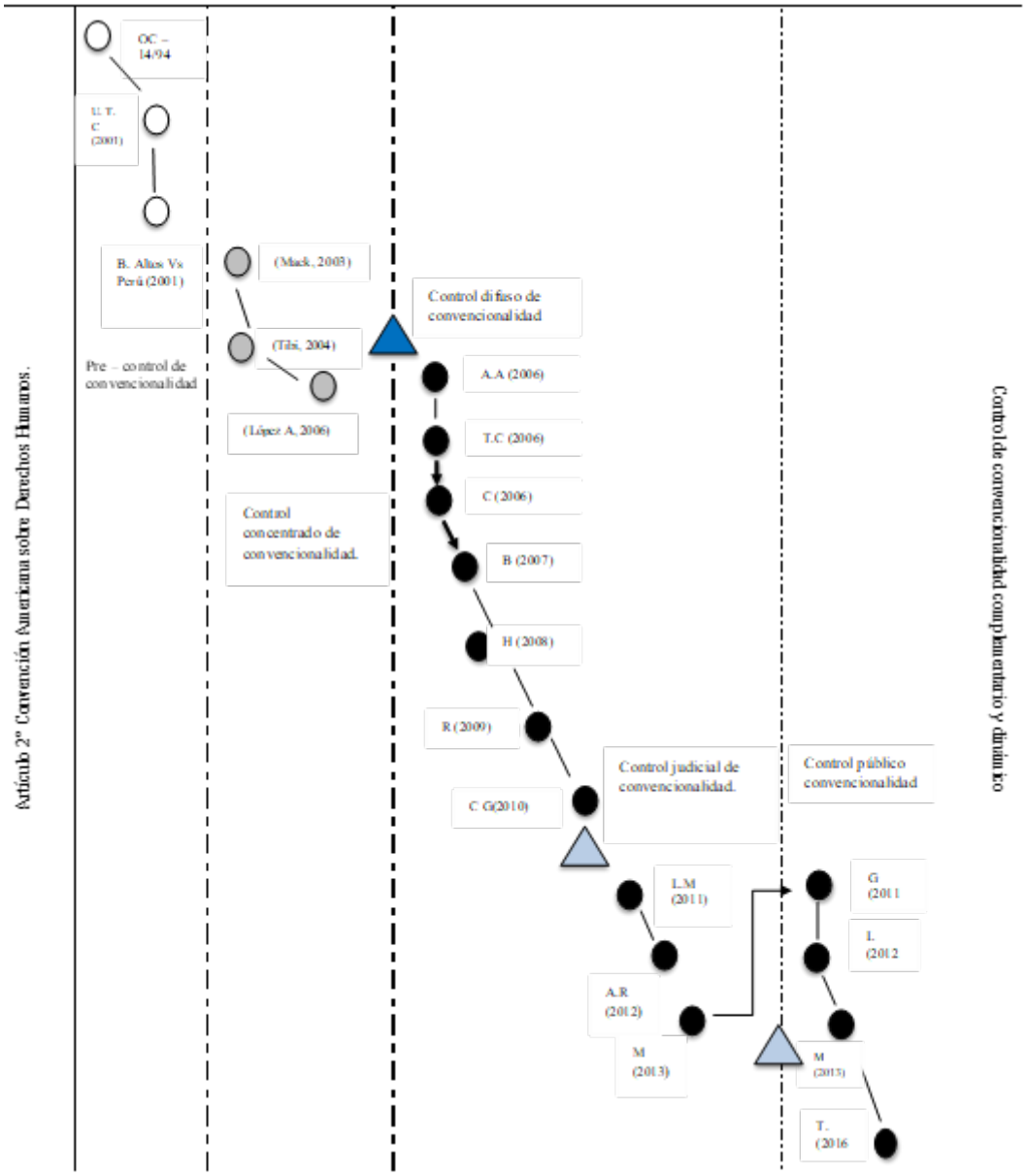
[36] Los hechos se relacionan con la detención y desaparición del señor Rigoberto Tenorio Roca. En materia de control de convencionalidad, se constituye como un antecedente de un debido y oportuno del instrumento.

[37] Los hechos del presente caso se constituyen a partir de la detención del señor Pollo Rivera por la policía por el presunto delito de colaboración con el terrorismo. En lo referido al control de convencionalidad, se menciona como parte del argumento de la Comisión frente a la presunta vulneración del artículo 8 de la CADH y el control sobre la norma penal aplicable.

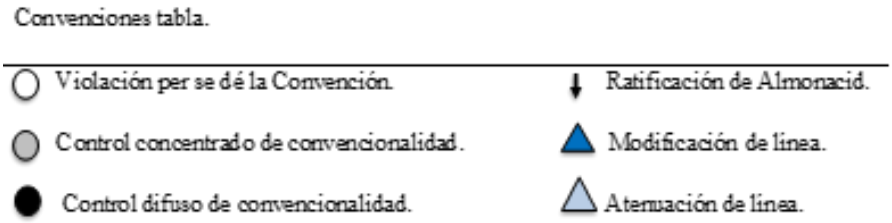
[38] Se abordaron las violaciones a los derechos humanos durante tres procesos penales contra la víctima, Andrade Salmón, por presuntos delitos vinculados a la administración de fondos públicos. A pesar de la imposición de medidas cautelares de prisión preven-

A continuación, se propone el siguiente esquema, tomando como referencia la metodología propuesta por Diego López Medina en múltiples de sus obras acerca de una construcción de la genealogía del control de convencionalidad.

Figura 1. Genealogía del control de convencionalidad



tiva, el Tribunal Constitucional boliviano ordenó medidas sustitutivas, argumentando que la privación de libertad debe ser excepcional. Estas medidas incluyeron el arraigo y la fianza. Dos de los procesos duraron once años, mientras que uno aún está en curso.



Fuente: elaboración propia.

Hacia la conceptualización del control de convencionalidad

Luego de más de quince años en que por primera vez se mencionara la categoría de *control de convencionalidad* al interior de la Corte IDH, a la fecha existen pujas por parte de la doctrina y la misma jurisprudencia acerca del control de convencionalidad, verbigracia el denominado *falso control de convencionalidad* acuñado por Castilla (2014). No obstante, por ejemplo, Sagües (2010) lo ha entendido como "una herramienta para el respeto, la garantía y la efectivizarían de los derechos descritos en la Convención Americana de Derechos Humanos, asimismo es de utilidad para la práctica e inmediata elaboración de un *ius commune* en la región" (p. 123). De igual forma, para Ramelli (2012) implica:

> Aquel que se encamina a asegurar la vigencia del Pacto de San José de Costa Rica (…) así como de los demás tratados internacionales que conforman el sistema americano (bloque de constitucionalidad), bien sea por órganos internacionales (control de convencionalidad en sentido estricto) o internos (control de convencionalidad en difuso). (p. 230)

Sergio García Ramírez (2006), ex juez de la Corte IDH y principal promotor de la categoría de control de convencionalidad en su sentido o vertiente judicial, señala al respecto:

> El control de convencionalidad es una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada del orden jurídico convencional internacional (o supranacional) (…) Se inscribe en un sistema (jurídico-político) construido a partir de voluntades soberanas, con sustento en valores y principios compartidos (que constan, explícita o implícitamente, en los documentos fundacionales del sistema. (p. 127)

En ese sentido, haciendo una relación con el bloque de constitucionalidad respecto a la tipicidad constitucional del control, Quiroga (2015) señaló como conclusión de decantación acerca del control de convencionalidad como aquel que:

> Nace de la necesidad de dotar a la Convención Americana de Derechos Humanos de un instrumento o herramienta que permita materializar los valores, principios y reglas en ella contenida, y, que en caso de vulneración de sus preceptos se pueda acudir a este para procurar (en principio) un restablecimiento del statu quo de protección. (p. 86)

Por su parte, Bazán (2017) adujo que "la inspección convencional es un mecanismo que, en la medida que sea razonablemente utilizado, puede coadyuvar a la aplicación ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado abarcando a sus fuentes internas e internacionales" (p. 725). Para efectos de la presente investigación, Quinche (2014) aduce una definición íntegra que permitirá posteriormente construir la propia, a partir de la jurisprudencia estudiada, a saber:

> El control de convencionalidad es propiamente una actividad judicial, de competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de todos los jueces locales de los distintos Estados parte en la Convención Americana, encaminada a la protección y efectividad de los derechos humanos en la región. Dicho control se ejerce tanto sobre leyes y los enunciados normativos que se profieren en los distintos Estados parte, como sobre los hechos violatorios de los derechos humanos que en ellos acontecen. En últimas y sobre la base de este control, se encuentra la pretensión explícita de hacer efectivo el carácter normativo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de los otros tratados públicos concurrentes al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. (p. 50)

En el estudio de conceptuar la convencionalidad, siendo el género y el control la especie, Santofimio (2017) señala:

> (…) una especie de "control de convencionalidad" que se traduce en la aplicación (subjetivo) efectiva de las normas, principios y estándares convencionales en cada caso que deban resolver, como también el control (objetivo) entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que

> de este ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (p. 478)

A partir de su estudio realizado respecto a un estado constitucional convencionalizado, Velandia (2015) concluye que el control de convencionalidad "es una figura creada por la Corte IDH, órgano constitucional transnacional de protección de los derechos humanos en el marco del bloque de constitucionalidad (Constitución y CADH)" (p. 45).

De forma análoga al juez Sergio García Ramírez, un gran exponente en el desarrollo doctrinal del control de convencionalidad es el exjuez Eduardo Ferrer Mac-Gregor (2013), quien entre sus elementos establece como control de convencionalidad "la manifestación de la constitucionalización del derecho internacional y está claramente vinculado con el bloque de constitucionalidad y convencionalidad" (p. 562).

A nivel de Corte Constitucional, en su salvamento de voto en la Sentencia C-586 de 2016 –la cual será discutida posteriormente– el magistrado Alberto Rojas Ríos determinó que el control de convencionalidad es una "actividad destinada a verificar el cumplimiento de los estándares mínimos comunes en materia de respeto, garantía y adecuación de los ordenamientos jurídicos nacionales fijados convencionalmente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (p. 76)

A modo pedagógico, y propendiendo por la comprensión en el desarrollo conceptual a partir de los pronunciamientos de la Corte IDH en relación con el control de convencionalidad, se propone como concepto:

> Mecanismo de creación por la Corte IDH –como materialización de la obligación general del artículo 2° CADH por los Estados signatarios– cuyo objeto radica en un estudio de compatibilidad o juicio de validez material[39] entre las normas[40] y prácticas[41] de carácter interno respecto a las disposiciones del c*orpus juris convencional de los derechos humanos* [énfasis agregado][42] teniendo en cuenta no solo el Tratado sino la interpretación que de ella realiza la Corte IDH, así como los principios

[39] Como lo menciona Fajardo (2015), tomando como referencia la sentencia correspondiente al caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006).
[40] Que por su objeto es el propio del denominado control difuso de convencionalidad de obligación directa de las autoridades de todos los niveles en el Estado.
[41] Que por su objeto es susceptible del control difuso por las autoridades evitando la activación del SIDH. Originalmente (en términos de Sergio García Ramírez) bajo el supuesto de eventuales hechos ilícitos internacionales se configura el control concentrado de convencionalidad.
[42] En términos de Sergio García Ramírez en su voto razonado del caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006).

> del DIH y el derecho de gentes, siendo obligación de ejercerlo por todas las autoridades[43] públicas, en especial el Poder Judicial[44] en todos sus niveles, velando por el *efecto útil*[45] de la CADH y propendiendo por la conformación de un *ius commune interamericano.*

La anterior definición surge a partir de la construcción doctrinal y jurisprudencial del denominado control de convencionalidad. Es el principal presupuesto para la determinación de los elementos sustantivos y adjetivos del instrumento interamericano. Aquellos que propendan por fijar elementos como su tipología, elementos, sistemas de ejercicio, mecanismos de ejercicio, entendiéndose por estos últimos exoficio, acción y excepción, los cuales serán desarrollados posteriormente en el presente trabajo.

Elementos sustantivos del control de convencionalidad

Luego de haber realizado a modo de introducción la genealogía del control de convencionalidad con fundamento normativo y jurisprudencial, así como la conceptualización propuesta del instrumento; en este punto se propende por escindir la definición propuesta para conformar –de forma enunciativa, y de acuerdo con la jurisprudencia estudiada–, buscando una mejor comprensión. Para ello se acudió a fuentes de carácter normativo, jurisprudencial y doctrinal.

Doctrinalmente es importante acudir al estudio realizado por Jaime Orlando Santofimio Gamboa (2017) quien entiende la conformación, existencia y aplicación directa como un *ordenamiento jurídico convencional material,* bajo la siguiente definición:

> La convencionalidad como concepto relevante y determinante del derecho ha sido asumida y desarrollada ampliamente por la doctrina a propósito del análisis, entendimiento y alcance del sistema interamericano de derechos humanos, a partir de un razonable y particular sentido y orientación brindando a sus sustentos básicos, que son, entre otros, i) los principios universalmente reconocidos y derivados del derecho internacional consuetudinario, esto es, el libre consentimiento, la buena fe objetiva, el *pacta sunt servanda* y el efecto útil de los convenios. (p. 263)

[43] A modo de referencia: caso Gelman vs. Uruguay (excepciones preliminares, fondo y reparaciones).
[44] A modo de referencia: caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006).
[45] A modo de referencia: caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006).

De acuerdo con las providencias analizadas teniendo como hito el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006) hasta la Opinión Consultiva 24 (OC-24/ 2017), pasando por sentencias como del caso Tenorio Roca y otros vs. Perú (2016) y el caso Andrade Salmón vs. Bolivia (2016); a continuación, se propone abordar la conformación del ordenamiento convencional propuesto como material normativo controlante. En términos de Sagües (2013, 2015).

Instrumentos internacionales referentes en el ejercicio del control de convencionalidad.

En el ámbito del control de convencionalidad el cimiento jurídico se encuentra anclado en instrumentos internacionales que establecen estándares vinculantes para los Estados parte. Este proceso, fundamental en la protección de los derechos humanos, se basa en la interacción entre normas nacionales e internacionales. A continuación, se analizarán de manera detallada los instrumentos jurídicos internacionales que guían y norman el ejercicio del control de convencionalidad. Desde tratados específicos hasta precedentes judiciales, estos instrumentos constituyen la estructura legal que facilita la evaluación de la conformidad de las normativas internas con los parámetros establecidos a nivel internacional en materia de derechos fundamentales.

Instrumentos de primer nivel o en sentido estricto.

Estos instrumentos representan tratados internacionales específicos y normas jurídicas de relevancia directa en la protección de los derechos humanos. Su aplicación e interpretación, tanto a nivel nacional como internacional, constituyen un pilar esencial para garantizar la coherencia y uniformidad en la salvaguarda de los derechos fundamentales. Por ello, se abordará su contribución al ejercicio del control de convencionalidad en el marco jurídico internacional.

- La CADH fue aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972, la cual crea la Corte IDH como órgano jurisdiccional del Sistema IDH.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador". Fue aprobado por la Ley 319 de 1996 que otorga competencia a la Corte IDH para declarar la responsabilidad

internacional de un Estado en el sexto numeral del artículo 19 del instrumento.

- La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas fue aprobada en Colombia mediante la Ley 707 de 2001. Reconoce la competencia contenciosa de la Corte en el tercer inciso del octavo artículo del instrumento.
- La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura fue aprobada en Colombia mediante la Ley 409 de 1997 y reconoce la competencia contenciosa de la Corte IDH en el artículo 13 del instrumento.
- La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, aprobada en Colombia mediante la Ley 248 de 1995, reconoce la competencia de la Corte IDH en el séptimo artículo del instrumento.

De lo anterior se deriva que, teniendo intensidades frente a la observancia para el ejercicio del control de convencionalidad, en un primer momento se deben considerar aquellos tratados que reconocen la competencia contenciosa de la Corte IDH. Esto es soportado en que, como material controlante, se tendrá la interpretación realizada por el Tribunal como intérprete natural, haciendo una analogía con la Corte Constitucional de Colombia la cual ha señalado que "entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando esta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel" (Sentencia C-113 de 1993)

En este apartado debe tenerse en cuenta la interpretación que ha realizado la Corte IDH en los casos de su conocimiento, cuyo efecto vinculante depende de la concurrencia del Estado como parte o como signatario, como ha bien lo señalado la Corte Constitucional colombiana. Sin embargo, lo anterior es completamente discutible dado que no resultará obligatoria respecto a su parte resolutiva. No obstante, la parte motiva podrá establecer la forma en que se debe interpretar las garantías y libertades previstas en la CADH y demás instrumentos del sistema.

Instrumentos segundo nivel o en sentido amplio.

Estos instrumentos abarcan normas y jurisprudencia emanadas de órganos internacionales y regionales, así como principios generales del derecho. Su papel radica en complementar y enriquecer la interpretación de

los instrumentos de primer nivel, fortaleciendo la coherencia y eficacia del control de convencionalidad.

- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (2 de mayo de 1948).
- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativo a la abolición de la pena de muerte (28 de agosto de 1991).
- Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (14 de septiembre de 2001).
- Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (25 de mayo de 1959).
- Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (16 de diciembre de 1980).
- Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (29 de enero de 1970).
- Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (14 de junio de 1982).
- Carta de la Organización de los Estados Americanos (13 de diciembre de 1951).
- Carta Democrática Interamericana (11 de septiembre de 2001).
- Convención Interamericana contra la Corrupción (6 de marzo de 1997).
- Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer (3 de mayo de 1948).
- Convención sobre la Nacionalidad de la Mujer (26 de julio de 1933).
- Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia (5 de junio de 2013).
- Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de la libertad en las Américas (9 de marzo de 2008).

Los anteriores instrumentos pueden ser categorizados dentro del amplio espectro del denominado *soft law* (en español, derecho suave), construido a partir de los diversos instrumentos internacionales que no cumplan con los criterios del artículo 93 superior. Sin embargo, por su relevancia se constituyen en criterio relevante de interpretación a la hora de establecer la solución de un problema jurídico de rango convencional, sea de carácter normativo o fáctico.

Providencias de la Corte IDH.

Es de fácil observancia que en las providencias emitidas por la Corte IDH –en sede contenciosa y consultiva– se señale que, además de las disposiciones propias de la CADH, se debe acudir a la interpretación que de ella realiza su juez natural. En términos del Tribunal en sentencia del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006):

> 124. (…) En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Con ello surge una pregunta –que por su dimensión de complejidad implicará un posterior desarrollo–, respecto a la referencia de interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana. Allí se establece con meridiana claridad que la Corte IDH puede emitir, entre otras, los siguientes tipos de providencias:

- Sentencias (que incluye las excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), lo que se traduce en su competencia contenciosa, que encuentra pleno soporte en la línea jurisprudencial construida desde el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006), hasta Andrade Salmón vs. Bolivia (2016). Aquí se ratifica la postura establecida en el párrafo 124 del primer caso mencionado.

  En este primer apartado se abordó el control de convencionalidad y sus manifestaciones, para proponer el obligatorio reconocimiento del precedente convencional definido por la Corte IDH en sede contenciosa. Lo anterior, sin perjuicio que posteriormente se establezca una discusión frente a su obligatoriedad determinada por el criterio de si el Estado fue (o no) parte dentro del proceso al interior del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH).

- Resoluciones de cumplimiento que encuentra soporte en el artículo 69[46] del reglamento de la Corte IDH.

[46] Mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes se supervisan las sentencias y demás decisiones de la corte y la CADH presenta observaciones al

- Opiniones consultivas que se soporta en la disposición prevista en el artículo 64 de la CADH[47].
- Decisiones en su función precautoria, que se traduce en la emisión de medidas provisionales de acuerdo con la función descrita en el artículo 27[48] del reglamento de la Corte IDH.

De cualquier forma, las cuatro manifestaciones de la Corte IDH, sea en sede contenciosa, consultiva o precautoria, puede efectuar una interpretación de las disposiciones convencionales del instrumento, siendo que ello defina la concepción respecto de algún derecho o garantía allí previsto. No obstante, es posible descartar en ello el literal b) propuesto por su objeto en sí mismo. Respecto al literal c) de las opiniones consultivas, la postura no es de pleno recibo pues se concibe que la interpretación se realiza en sede judicial o contenciosa. Sin embargo, bajo la postura asumida en este trabajo de investigación, en dos opiniones consultivas recientes la Corte ha establecido su vinculatoriedad bajo el carácter orgánico y funcional de la Corte IDH frente al Estado.

Por ejemplo, la Opinión Consultiva 21 (OC-21/14) es elevada por los estados de Brasil, Argentina, Uruguay y Paraguay. El objeto se basó en los derechos y garantías de los niños y niñas en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional. Allí la Corte IDH señaló:

> 31. Del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, t*ambién*

informe del Estado, así como a las observaciones de las víctimas o sus representantes (Corte IDH, 2009).

[47] Como Estados miembros de la Organización tienen la posibilidad de dos tipos de consulta: por un lado, a la Corte sobre la interpretación de la convención u otros acuerdos relacionados con protección de los derecho shumanos en los Estados americanos. Por otro lado, según les competa, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformadas por el Protocolo de Buenos Aires (OC-1/82).

[48] El artículo 27 menciona que de oficio la Corte tiene la opción de ordenar unas medidas provisionales que considere pertinentes (según el artículo 63.2 de la Convención) para cualquier estado del procedimiento, cada vez que refiera a casos de extrema gravedad y urgencia, así como cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas.

> *sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva* [énfasis agregado], la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos".

Posteriormente, en la Opinión Consultiva 24 (OC-24 de 2017)[49] ratifica lo previsto en el párrafo 28 de la OC-23 de 2017 solicitada por Colombia y adujo que:

> 26. La Corte estima necesario además recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa, el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, "la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos".

Adicionalmente, desde el punto de vista doctrinal Bazán (2017) señala:

> El hecho de que la Corte IDH haya manifestado que las opiniones consultivas no poseen *efecto vinculante* no significa que estas carezcan de efecto jurídico y valor práctico, ya que ella misma ha concedido que aun cuando la opinión consultiva no tenga el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, posee en cambio *efectos jurídicos innegables* [énfasis agregado]. (…) Sea como fuera, consideramos que la doctrina del control de convencionalidad inocula nuevos elementos a la discusión, lo que nos llevó hace tiempo a aseverar que las opiniones consultivas del Tribunal Interamericano, pese a que obviamente no son sentencias jurisdiccionales, sí poseen carácter vinculante. (pp. 739-740)

[49] Opinión Consultiva solicitada por Costa Rica en relación con las obligaciones estatales respecto al cambio de nombre, identidad de género y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo. En relación con el control de convencionalidad, ratifica la concepción prevista en la OC-21 de 2014 y su referencia como parámetro de convencionalidad en las interpretaciones realizadas por la Corte IDH en función consultiva.

Por ello, más allá que doctrinalmente haya resultado un foco de discusión frente a la incorporación de las opiniones consultivas dentro el parámetro de ejercicio del control de convencionalidad; la Corte Interamericana ha previsto que la interpretación que de esta realice la Corte IDH, señalada en múltiples de sus providencias, incluye lo referente a su ejercicio de función contenciosa, así como la de función consultiva.

Derecho internacional humanitario.

En múltiples providencias la Corte IDH se ha referido al deber de los Estados en respetar las normas correspondientes al derecho internacional humanitario (DIH). Para efectos del proyecto de investigación adelantado, se tiene que este se constituye como un elemento propio del "ordenamiento jurídico convencional material y ampliado" (Santofimio, 2017, p. 50). Lo anterior, teniendo en cuenta la relevancia que reconoce Santofimio (2017) al señalar que es "un componente de inmenso valor y consideración dentro del ámbito de la convencionalidad (…) que dada su vinculatoriedad y prevalencia en relación con cada uno de los miembros de la comunidad internacional y su profundo carácter consuetudinario" (p. 292).

Respecto a la vinculatoriedad del DIH, en relación con la conformación del ordenamiento jurídico convencional, Santofimio (2017) agrega:

> La convencionalidad que se opera a partir de la exigencia de las obligaciones del derecho internacional humanitario abre una dimensión sustancial para que los Estados, al encontrarse en situación de conflicto armado interno, ajusten el cumplimiento de sus deberes, fines y misiones a un contenido que no se limita simplemente a la defensa, sino a la protección positiva de la esfera de los derechos, libertades e intereses de los ciudadanos de la población civil que se vean comprometidos, involucrados o vinculados al conflicto armado interno. Sin perjuicio de lo cual, no solo el Estado es el destinatario de dichas obligaciones convencionales, sino que cabe afirmar como exigible de todos los grupos u organizaciones armadas que enfrentadas al Estado están llamadas a cumplir con esos mínimos, ya que en caso de no respetarse a estos también se les puede juzgar por su vulneración. (p. 298)

De lo anterior se deriva que los principios, estándares y normas previstas en el DIH también serán material controlante en el ejercicio del control de convencionalidad especialmente en contextos de conflicto armado interno. Esto denota la importancia del compilado de normas que se adhieren al bloque de constitucionalidad en Colombia y harían parte del control de convencionalidad, bajo los supuestos propuestos por el Tribunal Interamericano en sentencia del caso Masacre Santo Domingo vs. Colombia (2013):

> 23. Del mismo modo, con respecto a la aplicación del Derecho Internacional Humanitario, el Tribunal señaló en otras oportunidades que si bien "la Corte carece de competencia para declarar que un Estado es internacionalmente responsable por la violación de tratados internacionales que no le atribuyen dicha competencia, se puede observar que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos de acuerdo con los tratados que le compete aplicar infringen también otros instrumentos internacionales de protección de la persona humana, como los Convenios de Ginebra de 1949 y, en particular, el artículo 3 común". (p. 10)

Adicional al gran *corpus iuris* interamericano al que se hace referencia, este incluye las normas y disposiciones propias del DIH que sirvan de fundamento a la Corte IDH para adoptar decisiones en favor de la protección y garantía de derechos y libertades, especialmente en contextos de justicia transicional.

El derecho de gentes o *ius cogens.*

Al igual que el DIH existe otro cuerpo normativo de carácter no formal que incide sobre la conformación del ordenamiento jurídico convencional material ampliado: el derecho de gentes o ius *cogens*; considerado el derecho internacionalmente aceptado y reconocido; no admitiendo su inaplicación bajo argumentos de derecho interno fundamentado en el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969) en los siguientes términos:

> Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración. Esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente

> Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. (Ley 32 de 1985)

A efectos de la conformación del ordenamiento jurídico convencional, en términos de Santofimio (2017), como elemento a considerar en el sistema interamericano el derecho de gentes o *ius cogens:*

> (…) resulta trascendente por fundarse en el principio de la humanidad y dada su naturaleza de componente básico del derecho internacional público consuetudinario, imperativo para todos los Estados por el solo hecho de su existencia y pertenencia a la comunidad internacional, por lo que es nulo cualquier tratado internacional encaminado a desconocerlo. (p. 282)

De forma coherente, respecto a la incidencia del ius cogens en el control de convencionalidad Quinche (2014) sostiene una doble vertiente en lo que refiere a los principios jurídicos que están en la base del control de convencionalidad: principios y fuentes tradicionales del derecho internacional; así como principios y fuentes en el derecho internacional contemporáneo. De esta forma, acudiendo nuevamente a lo que Santofimio (2017) denomina como *dinámica de la convencionalidad ampliada*, el autor aduce como conclusión aplicable a nuestro texto:

> 266. Como puede observarse, la convencionalidad no es una construcción jurídica aislada, marginal o reducida a solo el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. Por el contrario, en otros sistemas de derechos humanos, como el europeo, o en un sistema de derecho comunitario también ha operado de manera amplia. Lo que nos permite concluir que el control en relación con la aplicación del derecho sustancial que se desprende se (sic) la convencionalidad dentro del sistema interamericano se extiende también en dirección a todos y cada uno de los elementos enunciados en cuanto componentes indiscutibles de la convencionalidad en materia de derechos humanos entendida de manera sustancial y amplia. (p. 312)

De lo anterior se deriva que el derecho de gentes, ius cogens o derecho internacionalmente reconocido, por vía de la Convención de Viena sobre el cumplimiento de los Tratados, exige su cumplimiento. Para el control de convencionalidad asegura la constitución de un gran cuerpo normativo con los instrumentos de primer orden, segundo orden, DIH y el *ius cogens.*

Principio de buena fe objetiva derivada de las obligaciones previstas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena (1969).

En el momento de ratificación de un tratado internacional surge la obligación para el Estado de: cumplir sus disposiciones a partir de la *buena fe objetiva* y no alegar fundamentos de carácter interno para su desconocimiento u omisión. Lo anterior soportado en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados:

> 26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46. (Ley 32 de 1985)

Lo anterior encontrando especial desarrollo en la Opinión Consultiva 14 (OC-14/94). Esta tuvo por objeto de consulta la eventual responsabilidad del Estado por la expedición o aplicación de normas contrarias a la Convención. Allí se señaló:

> 35. Una cosa diferente ocurre respecto a las obligaciones internacionales y a las responsabilidades que se derivan de su incumplimiento. Según el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser *cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno* [énfasis agregado]. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [Caso de las Comunidades GrecoBúlgaras (1930), Serie B, No. 17, pág. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, No. 44, pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, No. 46, pág. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), fici. 12, a 31-2, párr. 47]. Asimismo, estas reglas han sido codificadas en los artículos

> 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. (Ley 32 de 1985), en lo que refiere al *pacta sunt servanda y la buena fe objetiva* respecto al cumplimiento de los Tratados de 1969. (Ley 32 de 1985).

Por lo anterior, el ejercicio del control de convencionalidad obedece no solo a las obligaciones generales previstas en el artículo 1 y 2 de la CADH, sino que su cumplimiento encuentra sustento de raigambre anterior en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (Ley 32 de 1985), en lo que refiere al *pacta sunt servanda y la buena fe objetiva* respecto al cumplimiento de los Tratados.

Principios para la interpretación del ordenamiento convencional.

Sin lugar a duda un criterio relevante sobre el cual se construye el control de convencionalidad (como especie) y el ordenamiento jurídico convencional (como género) es el principio previsto en el artículo 29 de la CADH denominado *pro homine*. Su objeto radica en la aplicación de la norma que brinde mayor garantía al ser humano propio del derecho internacional de los DDHH.

La Corte IDH ha desarrollado de forma amplia el concepto y la aplicabilidad del principio. Es elemental tener en cuenta que más allá de determinar un criterio jerárquico o funcional en la garantía de los derechos humanos, se propone uno que garantice el *efecto útil* en ello defendiendo la postura que represente más benévolo para la persona. Así, Ferrer Mac-Gregor (2013) en su voto razonado del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010) señaló:

> 38. En efecto, al realizarse el "examen de compatibilidad convencional", el juez nacional debe siempre aplicar el principio pro homine (previsto en el artículo 29 del Pacto de San José), que implica, inter alia, efectuar *la interpretación más favorable* [énfasis agregado] para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales; 50 pudiendo incluso optar por la interpretación más favorable en caso de aplicabilidad de la Convención Americana y otros tratados internacionales sobre derechos humanos. Así lo ha interpretado la propia Corte IDH (…). (p. 14)

De forma complementaria, Santofimio (2017) establece que existen medios de interpretación generales frente al ordenamiento jurídico convencional, derivado de la Convención de Viena sobre los tratados. No

obstante, como se establece en el artículo 31 del instrumento mencionado, en casos que deje ambiguo u oscuro el sentido del Tratado, o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable –lo que desde nuestra perspectiva pudiese encontrar soporte en la reconocida teoría de la Fórmula de Radbruch–, propone la aplicación de medios de interpretación complementaria: el principio de proporcionalidad y la ponderación, encontrando como justificación que:

> 391. La actividad interpretativa complementaria de que trata el artículo 32 de la Convención de Viena, que invita a la (sic) lectura de los tratados sobre la base de principios cuando es imposible lograr la claridad del consenso de las vías de la interpretación directa aplicando las fórmulas del artículo 31 del mismo ordenamiento, al igual que la actividad interpretativa directa sobre la base de principios a que invita el artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos, implican de por sí el desarrollo de metodologías fundadas en los principios de proporcionalidad y ponderación, fundamentales para reconducir de manera objetiva el alcance de los tratados o resolver según el caso de conflictos relativos al ámbito de principios aplicables. (p. 377)

La proporcionalidad.

La proporcionalidad[50] vista como un test o metodología de interpretación de normas jurídicas de rango constitucional ha sido definida en múltiples ocasiones por la Corte Constitucional[51] frente a pujas del principio de igualdad. De ahí que propongan criterios derivados: necesidad; adecuación o idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. En ese sentido, Santofimio (2017) aduce que "el principio de proporcionalidad configura un precioso instrumento reductor de la discrecionalidad en la que se asienta el ejercicio de las potestades del juez interamericano, de aplicación en el ámbito de las actuaciones decisiones de contenido discrecional" (p. 382).

---

[50] Véase Corte IDH, caso La Masacre La Rochela vs. Colombia el cual implicó ejecuciones extrajudiciales de al menos doce personas por parte del ejército colombiano. La sentencia de la Corte IDH determinó la responsabilidad del Estado por violaciones a la vida, integridad y garantías judiciales de las víctimas: "Para que el Estado satisfaga el deber de garantizar adecuadamente diversos derechos protegidos en la Convención, entre ellos el derecho de acceso a la justicia y el conocimiento y acceso a la verdad, es necesario que cumpla su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos. Para alcanzar ese fin el Estado debe observar el debido proceso y garantizar, entre otros, el principio de plazo razonable, el principio del contradictorio, el principio de proporcionalidad de la pena, los recursos efectivos y el cumplimiento de la sentencia" (párr. 193).

[51] Véase Sentencia C-663 de 2009. Cuando se trata de estudiar normas que han sido acusadas de desconocer el derecho a la igualdad, el juez debe estudiar en primer lugar si la

La ponderación[52].

Mucho se ha hablado de ponderación de principios como aquel razonamiento o metodología para resolución de conflictos jurídicos entre principios (como mandatos de optimización); para ello, asignan un peso específico a aquellos dependiendo del caso en concreto, de acuerdo con las condiciones fácticas y jurídicas del contexto en estudio. En relación con la interpretación del ordenamiento jurídico convencional, Santofimio (2017) señala:

> 394. (…) La ponderación así vista es ante todo una estructura formal, mediante la cual se establece una relación de precedencia condicionada, entre principios relevantes en cada caso o asunto que le corresponda a la administración resolver y que le permite en consecuencia a esta fundamentar su decisión. (p. 70)

De esta forma, adicional a los medios de interpretación genéricos, existen otros que sin lugar a duda impactan sobre el ejercicio del control de convencionalidad. Además de incidir sobre la interpretación que realiza la Corte frente al ordenamiento convencional, se constituyen como herramientas metodológicas propias de las autoridades en ejercicio del control de convencionalidad.

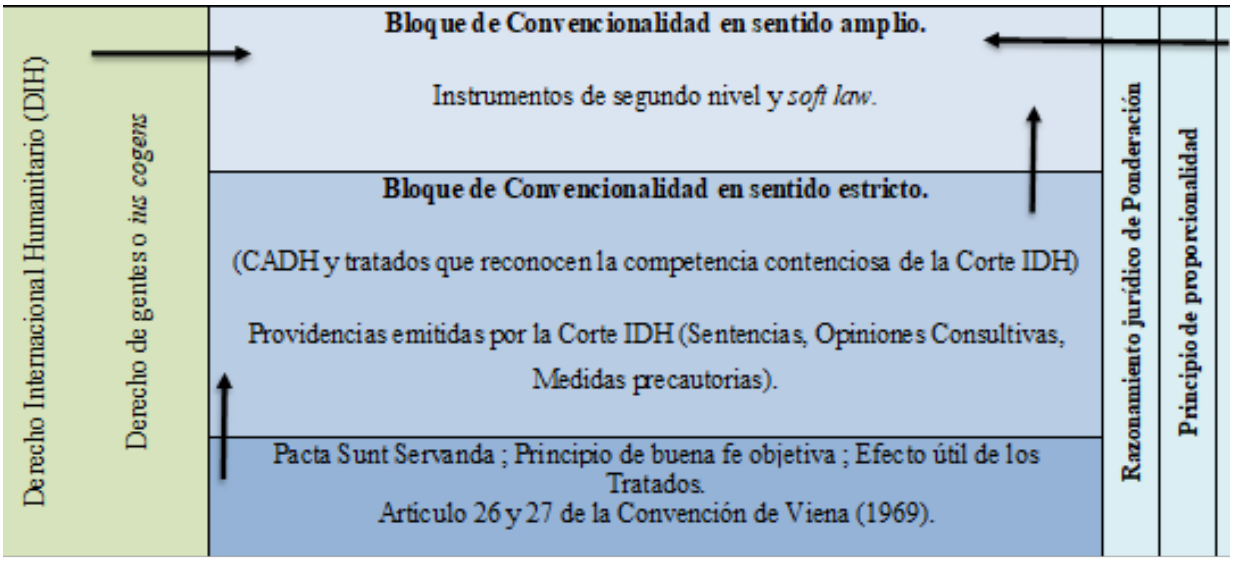
A partir de lo anterior como presupuesto y, en general, la descripción de los elementos sustantivos y adjetivos del control, se propone el siguiente esquema hacia una propuesta de bloque de convencionalidad. Es resultado de las disposiciones normativas y jurisprudenciales abordadas en la presente investigación hacia la ratificación de un ordenamiento jurídico convencional material ampliado.

---

disposición realmente otorga un trato diferente a personas colocadas en la misma situación de hecho. Si ello ocurre, entonces debe examinar (i) si la medida es (o no) adecuada, esto es, si ella constituye un medio idóneo para alcanzar un fin constitucionalmente válido; (ii) si el trato diferente es (o no) necesario o indispensable, para lo cual debe el funcionario analizar si existe (o no) otra medida que sea menos onerosa, en términos del sacrificio de un derecho o un valor constitucional, y que tenga la virtud de alcanzar con la misma eficacia el fin propuesto; (iii) finalmente el juez realiza un análisis de proporcionalidad en estricto sentido, para determinar si el trato desigual no sacrifica valores y principios constitucionales que tengan mayor relevancia que los alcanzados con la medida diferencial. Cuando se trate de un escrutinio estricto, el juez constitucional debe cerciorarse de que el fin perseguido por el legislador sea legítimo, importante e imperioso; el medio adecuado, efectivamente conducente y necesario, y la relación medio-fin adecuada, efectivamente conducente y no susceptible de ser remplazada por otro medio alternativo o menos lesivo.

[52] Véase caso Atala Rifo y niñas vs. Chile (2012, párr. 124-169).

Figura 2. Bloque de convencionalidad



Fuente: elaboración propia.

Elementos adjetivos del control de convencionalidad.

Hasta el momento se han abordado los elementos sustantivos desde la perspectiva de construcción de un ordenamiento jurídico convencional material ampliado, de aplicación directa por parte de toda autoridad, por expreso mandato de la Corte IDH en múltiples pronunciamientos, en ejercicio de su función contenciosa y consultiva. A continuación, se pretende esbozar de forma enunciativa los elementos adjetivos o procedimentales del control de convencionalidad, desde el precedente de la Corte IDH como intérprete natural del denominado bloque de convencionalidad ya estructurado.

Órganos y funcionarios llamados a ejercer el control difuso de convencionalidad.

De acuerdo con el momento histórico denominado como *control público de convencionalidad*, el destinatario de su aplicación es tarea de cualquier autoridad y no solo del Poder Judicial. Este último será determinante a la hora de establecer el sistema de control de convencionalidad, haciendo un símil con el sistema de control de constitucionalidad en Colombia que, de acuerdo con Velandia (2016), es de carácter híbrido.

Para efectos de este acápite se propone que la competencia por excelencia en el ejercicio del control de convencionalidad corresponde a toda autoridad de cualquier nivel o jerarquía; sin perjuicio que se defienda la postura de que exista una carga convencional hacia un control judicial de convencionalidad. En otros términos, que establezca una obligación especial de ejercer el control en cabeza de los jueces y tribunales internos. En palabras de Ferrer Mac-Gregor (2013) en su voto razonado del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, al establecer que:

> 19. La intencionalidad de la Corte IDH es clara: definir que la doctrina del "control de convencionalidad" se debe ejercer por "*todos los jueces*", independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización. (…) 20. Así, no existe duda de que el "control de convencionalidad" debe realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo, por supuesto, a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los veinticuatro países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con mayor razón de los veintiún Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, de un total de treinta y cinco países que conforman la OEA. (p. 20)

Por lo anterior, es factible determinar dos momentos respecto a definir las competencias en el ejercicio del control de convencionalidad en sentido difuso: por un lado, jueces y órganos adscritos al Poder Judicial[53], bajo el presupuesto que frente al fallo de su función por el legislador corresponde a los jueces del Estado velar por el efecto útil de la CADH y un segundo momento. Por otra parte, toda autoridad[54] que responde a la mayor garantía posible de las disposiciones previstas en la CADH y en su ordenamiento jurídico convencional derivado. Sin embargo, en teoría dificulta su radio de acción por elementos que serán descritos posteriormente.

[53] Puede tenerse en cuenta la línea jurisprudencial desarrollada desde el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006), hasta el mismo caso Gelman vs. Uruguay (2011) que reconoce esa obligación especial en cabeza de jueces y tribunales internos.
[54] Véase caso Gelman vs. Uruguay (2011) hasta la Opinión Consultiva OC-24 de 2017.

Criterios de competencia para su ejercicio en su vertiente concentrada.

Como fue mencionado, el término de *control de convencionalidad* tiene su nacimiento desde una vertiente concentrada. Concibe que corresponde al ejercicio realizado por la Corte IDH a la hora de determinar la responsabilidad internacional del Estado signatario por violación a los derechos y garantías consagrados en el *corpus iuris* interamericano. No obstante, se establecen como factores de competencia para ejercer su autoridad contenciosa y, por tanto, el control de convencionalidad en su sentido concentrado: *ratione personae, ratione temporis, ratione loci, ratione materiae.*

Ratione personae.

El primero de los criterios o factores de competencia por parte de la Corte IDH hace relación con los Estados parte que se someten al estudio de compatibilidad de normas y/o prácticas que cumplan con dos condiciones: "ser parte en la Convención Americana y haber aceptado expresamente por declaración especial o por convención especial la competencia contenciosa de la Corte Interamericana" (Quiche, 2014, p. 100).

La primera es propia respecto a la ratificación y aprobación de la CADH, o cualquiera de los instrumentos complementarios del *corpus iuris* interamericano; la segunda corresponde al reconocimiento –bajo los presupuestos de la Convención de Viena sobre los tratados– de la competencia contenciosa de la Corte IDH. Adicionalmente, Quinche (2014) establece dos reglas frente a este factor de competencia: principio de identidad o continuidad del Estado y la su responsabilidad por la actuación de particulares. Por tanto, el autor señala:

> De acuerdo con el principio de identidad o continuidad del Estado, la responsabilidad de este subsiste y no puede ser evitada, aunque haya existido un cambio político. Esa regla es muy importante, pues evita que se justifique la violación de los derechos, alegando el cambio de presidente, de administración o la concurrencia de un nuevo régimen político. (p. 210)

La segunda regla es muy importante y tiene que ver con la declaratoria de responsabilidad internacional de los Estados, por el hecho de los particulares. Esta puede ser rastrada en múltiples casos contra Guatemala, Venezuela y Colombia. Aquí la responsabilidad internacional del Estado puede

generarse por actos cometidos por terceros, "lo que ocurre si el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes que se encuentren en posición de garantes de derechos humanos, las obligaciones *erga omnes* contenidas en los artículos 1.1 y 2° de la Convención" (p. 101).

Ratione materiae.

En razón a la materia *(ratione materiae)* es el segundo criterio o factor de competencia para el conocimiento de un caso por el Sistema IDH y por obligación ante la Corte IDH. Hace referencia a los tratados que reconocen derechos y garantías en favor de la persona y con ello la totalidad de tratados que reconocen la competencia contenciosa de la Corte IDH. En palabras de Quinche (2014) "la materia de competencia en el control de convencionalidad está constituida por la totalidad de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos" (p. 250).

Por lo anterior, es posible establecer que la presunta violación de los derechos previstos en el ordenamiento jurídico convencional será a partir de las prerrogativas descritas en el instrumento, así como la interpretación que de ella realice la Corte (supra 4.3).

Ratione loci.

El tercer factor o criterio para determinar la procedibilidad que un caso sea conocido por la Corte IDH corresponde *en razón al lugar* que hace referencia a la circunscripción estatal en la cual se cometieron las conductas contrarias a los derechos y garantías señalados en la CADH. Para ello, Rey (2008) establece: "el lugar donde se cometió la violación debe hallarse dentro de la jurisdicción del Estado demandado y, a su vez, las otras palabras (sic) el territorio del Estado dentro del cual ejercer jurisdicción debe ser el ámbito espacial en la que ocurrió el hecho" (como se citó en Quinche, 2014, p. 103).

El primer artículo del CADH (1978) es claro, al realizar la descripción establece de forma expresa el deber general de respetar las garantías y derechos en juego, al señalar que:

> 283. Los Estados Parte en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona *que esté sujeta a su jurisdicción* [énfasis agregado], sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen

> nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (…) 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Sin perjuicio que en desarrollo de la línea jurisprudencial por la Corte IDH; se han explorado nuevas teorías como la *extraterriorialidad*, en el cumplimiento del factor de competencia *ratio loci*. Ha sido ampliamente abordada en la reciente Opinión Consultiva OC-23/17[55] donde el Tribunal Interamericano estudió la posible afectación de los DDHH en relación con el medio ambiente. Frente al tema se aduce:

> 81. Este Tribunal advierte que los supuestos en que las conductas extraterritoriales de los Estados constituyen ejercicios de su jurisdicción son excepcionales y, como tal, deben ser interpretados de manera restrictiva. A efectos de analizar la posibilidad de ejercicio extraterritorial de la jurisdicción en el marco del cumplimiento de obligaciones en materia ambiental, resulta necesario analizar las obligaciones derivadas de la Convención Americana a la luz de las obligaciones de los Estados en dicha materia. Además, las posibles bases de jurisdicción que surjan de esta interpretación sistemática deben justificarse en las circunstancias particulares del caso concreto. La Corte Interamericana estima que una persona está sometida a la "jurisdicción" de un Estado, respecto de una conducta cometida fuera del territorio de dicho Estado (conductas extraterritoriales) o con efectos fuera de dicho territorio, cuando dicho Estado está ejerciendo autoridad sobre la persona o cuando la persona se encuentre bajo su control efectivo, sea dentro o fuera de su territorio. (p. 37)

De esta forma fija un criterio importante, no el único, al ligar la extraterritorialidad al ejercicio de las autoridades, quienes se encuentran investidos de función estatal. Por tanto, ratifica la idea de un control público de convencionalidad atado a la teoría de ciudadanía mundial propuesta por Inmanuel Kant en *La paz perpetua* (2003).

---

[55] Opinión Consultiva solicitada por el estado colombiano en que el objeto de la consulta realizada giró en torno a que "una persona, aunque no se encuentre en el territorio de un Estado parte, está sujeta a la jurisdicción de dicho Estado" proponiendo para ello cuatro condiciones. En relación con la extraterritorialidad efectúa un desarrollo importante frente a su connotación respecto a la garantía de los derechos y libertades del ordenamiento jurídico convencional material, así como su materialización al factor de competencia en el SIDH.

Ratione tempore.

Debido al tiempo que parte del principio general del derecho como irretroactividad de los tratados, obedece al previo reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte frente a la configuración de un hecho ilícito internacional que concluyera con la declaratoria de responsabilidad del Estado, sin perjuicio de las subreglas[56]. Es un aspecto que ha venido fijando la Corte IDH al interior de su jurisprudencia y Quinche (2014) las resume así:

> La Corte ha señalado así que su competencia abarca dos eventos: al juzgamiento por hechos cometidos con posterioridad a la aceptación de la competencia contenciosa, y el de violaciones ocurridas antes de ese reconocimiento, pero cuyos efectos violatorios se prolongan en el tiempo como acontece con los casos de desaparición forzada. (p. 102)

A partir de esto se concluye que para el ejercicio del control concentrado por parte de la Corte IDH se requiere haber cumplido con los criterios o factores determinantes de competencia tales como *ratione personae* (en razón a la persona), *ratione temporis* (en razón al tiempo), *ratione* loci (en razón al lugar o espacio) y *ratione materia* (en razón a la materia).

Oportunidad de aplicación del control de convencionalidad

Los elementos adjetivos establecidos determinaron la competencia funcional por parte de toda autoridad en el control difuso de convencionalidad y el cumplimiento de los factores o criterios de competencia por la Corte IDH, que corresponde al control concentrado de convencionalidad. Resulta necesario establecer la oportunidad –genérica– en el ejercicio del control por parte de las autoridades, con especial énfasis en los jueces y tribunales internos, teniendo como soporte la línea jurisprudencial construida.

[56] Verbigracia, la establecida en el caso de las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana (2006): se refiere al caso de dos niñas nacidas en la República Dominicana de ascendencia haitiana, a quienes se les negó el registro civil y la nacionalidad, dejándolas en una situación de apatridia. La Corte IDH determinó que la República Dominicana violó sus derechos a la identidad, la igualdad ante la ley y la protección contra la discriminación – que señala: "De este modo, el Tribunal es competente para conocer y declarar violaciones a la Convención en dos situaciones distintas: cuando los hechos violatorios son posteriores a la fecha de reconocimiento de su competencia o cuando se trata de una violación continua o permanente que persiste después del reconocimiento, aunque su inicio sea anterior a este".

Control de constitucionalidad y convencionalidad.

Si bien es cierto, desde el año 2006 en múltiples providencias se reconoce que el control se ejercerá de acuerdo con el marco y regulaciones internas correspondientes. También es de fácil observancia que una de las propuestas realizadas por el Tribunal Interamericano es el ejercicio conjunto y complementario del control de constitucionalidad y de convencionalidad; verbigracia, lo citado en la sentencia del caso de Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006):

> 128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo *un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana* [énfasis agregado], evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.

Lo anterior se ratifica con lo manifestado en el caso Vélez Loor vs. Panamá (2010) en donde se señala:

> 287. Asimismo, cabe resaltar que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, quienes ejercen funciones jurisdiccionales también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones *jurisdiccionales deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana* [énfasis agregado], (párr. 202 y 219) evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (p. 6)

En ese sentido, se corrobora en la sentencia del caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname (2014, párr. 124). Puede entenderse que, además del control de constitucionalidad, propio del principio de supremacía constitucional; es posible desarrollar de forma conjunta y complementaria el de convencionalidad. Este último corresponde al principio de supremacía convencional -o en la interpretación armónica de la Constitución (en su sentido amplio) con el ordenamiento jurídico convencional-, que como bien afirma Carpizo (2013):

> No creo en la transición de supremacía constitucional a convencional, sino en la interpretación armónica del contenido de la Constitución y los derechos de fuente internacional, es decir, partir de la idea de que esos derechos son una extensión al catálogo de derechos expresos o implícitos previstos en la norma suprema y, por tanto, la interpretación debe ser en conjunto y en beneficio de sus destinatarios: el ser humano y su entorno social, político, económico y ambiental. (p. 956)

Sin perjuicio de lo anterior se alcanza una conclusión parcial acerca de posibles factores que dificulten el ejercicio del control de convencionalidad. En las providencias de la Corte IDH se denota que su obligación corresponderá al marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Por ejemplo, en Colombia dicho elemento no se encuentra completamente claro; es una vicisitud frente a la garantía de los derechos y libertades previstas en el *corpus iuris* interamericano.

Adicionalmente, un crítica podría consistir en que para el caso colombiano, en principio, no correspondería una disyuntiva entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La Convención, y en general los tratados –de acuerdo con los presupuestos del artículo 93 superior–, hacen parte de la Constitución bajo el criterio de bloque de constitucionalidad. Por tanto, en realidad se estaría acudiendo a un control de constitucionalidad por vía de bloque que responde a la subregla de la interpretación armónica propuesta por la Corte Constitucional de Colombia y múltiples doctrinantes.

De acuerdo con la propuesta realizada por Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010), existe una relación con el control de convencionalidad, marcado por su intensidad de aplicación a partir de criterios frente a los efectos y funcionalidades. Aquí el funcionario u órgano lo emplea bajo la siguiente dinámica:

> 35. En efecto, la precisión de la doctrina relativa a que los jueces deben realizar "de oficio" el control de convencionalidad "evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes", no puede interpretarse como limitante para ejercer el "control difuso de convencionalidad", sino como una manera de "graduar" la intensidad del mismo. Esto es así, debido a que este tipo de control no implica necesariamente optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la nacional, sino implica además y en primer lugar, tratar de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una "interpretación convencional" de la norma nacional.

Derogatorio.

Como será desarrollado posteriormente, el sistema de control de convencionalidad en Colombia puede distinguirse por ser dual y paralelo, es decir, comienza en su sentido difuso y termina en su vertiente concentrada (Velandia, 2016). De esta forma se propone que tendrá efecto derogatorio bajo dos condiciones: por un lado, el órgano que lo ejerce deberá encontrarse con dicha competencia (Corte Constitucional o Consejo de Estado); de otro lado, sacará del ordenamiento jurídico aquella norma que considere contraria a las disposiciones convencionales. En ese sentido, Ferrer Mac-Gregor (2010) manifiesta:

> A través de esta "interpretación conforme" se salva la "convencionalidad" de la norma interna. El grado de intensidad máximo del "control de convencionalidad" se puede realizar por las altas jurisdicciones constitucionales (normalmente los últimos intérpretes constitucionales en un determinado sistema jurídico) que generalmente tienen además la facultad de declarar la invalidez de la norma inconstitucional con efectos erga omnes. Se trata de una declaración general de invalidez por la inconvencionalidad de la norma nacional. (p. 35)

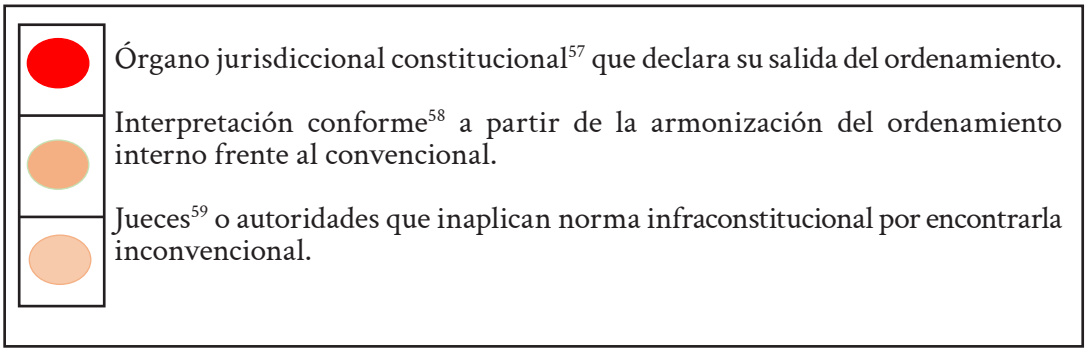
Inaplicación.

Igualmente será de intensidad fuerte en caso de que los jueces de la república o la autoridad en general ostente la facultad de inaplicar una norma por encontrarla contraria a las disposiciones convencionales. Es imposible –factor que deberá ser argumentado– armonizar ambos ordenamientos; entonces, como propuesta de este trabajo surge la denominada *excepción de*

inconvencionalidad –por algunos autores como Santofimio (2017)– a desarrollar posteriormente. Frente a este efecto, en su voto razonado del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Ferrer Mac-Gregor (2010) señala:

> 40. Lo que no parece razonable y estaría fuera de los parámetros interpretativos de la Corte IDH, es que ningún órgano nacional tenga competencia para ejercer el "control difuso de convencionalidad" con intensidad fuerte, es decir, dejar de aplicar la norma al caso particular o con efectos generales como resultado de la inconvencionalidad de la misma, ya que de lo contrario se produciría una responsabilidad internacional del Estado. (p. 15)

Figura 3. Bloque de convencionalidad



Fuente: elaboración propia.

[57] Según Ferrer Mac-Gregor (2010): A través de las altas jurisdicciones constitucionales (usualmente los últimos intérpretes constitucionales en un sistema jurídico determinado) es posible realizar el grado máximo del "control de convencionalidad". Por lo general, este tipo de jurisdicciones también tienen la facultad de declarar invalidez de la norma inconstitucional con efectos erga omnes. En general, es una declaración general de invalidez por la inconvencionalidad de la norma nacional (Caso Cabrera y Montiel Flores vs. México).

[58] Según Ferrer Mac-Gregor (2010): El supuesto es un grado intermedio de "control". Su operación se ejecuta si no existe una posible "interpretación conforme" de la normatividad nacional con el Pacto de San José (u otros tratados) y la jurisprudencia convencional. En ese sentido, la "convencionalidad" se salva de la norma interna a través de la "interpretación conforme" (Caso Cabrera y Montiel Flores vs. México).

[59] Según Ferrer Mac-Gregor (2010): Existe una condición en donde los jueces tienen competencia para no aplicar una ley a un caso concreto por obrar en contra de lo que está mandado en la constitución nacional: sistemas "difusos" de control de constitucionalidad en donde dicho grado logra un mayor alcance pues a los jueces nacionales se les otorga la atribución de inaplicar la norma inconvencional (Caso Cabrera y Montiel Flores vs. México).

Material controlado o susceptible de control.

Como ha sido defendido desde el inicio del presente capítulo, el control de convencionalidad encuentra especial fundamento en el segundo artículo CADH, en relación con la obligación general del Estado signatario de adoptar las medidas de todo orden para hacer efectivos los derechos y libertades en ella establecidos. De esta manera, es susceptible de control de convencionalidad toda norma del Ordenamiento Jurídico por parte de Estados que han ratificado tratados propios del *corpus iuris* interamericano, con mayor incidencia en los que reconocen la competencia contenciosa de la Corte IDH. Incluso, aquellas normas producto de asambleas constituyentes –como el primario y la materialización de la soberanía nacional (artículo 3 superior)– son susceptibles de control, como consecuencia de las corrientes de internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional, bien señalado por Calderón y Agudelo (2016):

> Dentro del proceso de internacionalización del derecho constitucional, el poder constituyente encuentra límites en los tratados internacionales sobre derechos humanos, debidamente ratificados por los Estados. Por lo anterior, cuando la normativa constitucional desconozca o contravenga alguna de las normas convencionales pactadas, el texto constitucional puede ser objeto de revisión, en ejercicio del control de convencionalidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ende, una Asamblea Nacional Constituyente Colombiana, al momento de crear un nuevo orden constitucional, tendría el deber de expedir una Constitución Política convencionalizada, acorde con los tratados sobre derechos humanos ratificados y con la interpretación que sobre estos haya realizado la Corte Interamericana. (p. 99)

En este punto, según Sagües (2015) el material controlado se considera como:

El material controlado es el derecho nacional: constitución, leyes y demás normas. Inicialmente, en "Almonacid Arellano", la Corte interamericana de Derechos Humanos solamente había hablado (en el control de convencionalidad practicado por los jueces nacionales) de un control sobre "leyes", en su párrafo 124, pero después, en "trabajadores cesados del Congreso", amplió el catálogo y aludió en su párrafo 128, en general, a las "normas internas", con lo que caen bajo la lupa del control de convencionalidad

también las constitucionales locales, y todas las reglas vigentes en el ámbito doméstico, entendemos que incluso las provenientes del derecho consuetudinario. (p. 293)

Antecedentes de ejercicio del "control de convencionalidad" por el Estado colombiano

Como presupuesto para el capítulo cinco de la presente investigación se proponen algunas providencias emitidas por la Corte Constitucional, citadas como referentes en el ejercicio del control de convencionalidad por parte de la Corte IDH, a saber, en la sentencia del caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012) la cual señala:

> 283. Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región, tales como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, la Corte Constitucional de Colombia, la Suprema Corte de la Nación de México y la Corte Suprema de Panamá se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana.

Ahora bien, la Sentencia C-010 de 2000[60] estudió la constitucionalidad de la Ley 74 de 1996 "por la cual se reglamenta la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión". En ese sentido, a criterio de la Corte IDH acude al control de convencionalidad en el párrafo 6 de la parte considerativa, así:

> 7- Directamente ligado a lo anterior, la Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse "de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia", es indudable que

[60] También citada en la sentencia del caso López Mendoza vs. Venezuela (2012, párr. 277).

> la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.

Por otra parte, en la sentencia del caso Gelman vs. Uruguay (2011) aduce que:

> (…) de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad" (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, inter alia, que "el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley". Otros tribunales nacionales se han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales.

Sobre la Corte Constitucional, está la Sentencia C-141 de 2010 ampliamente conocida por "tumbar" la segunda reelección del expresidente Álvaro Uribe Vélez a través del denominado "test de sustitución de la Constitución". De otro lado, el caso Masacres de Ituango vs. Colombia (2013)[61] en su resolución de cumplimiento aduce un ejercicio oportuno de control de convencionalidad en la emisión de la Sentencia T-367 de 2010 en los siguientes términos:

[61] Este caso se relaciona con violaciones a los derechos humanos ocurridas en Ituango, Colombia, donde se llevaron a cabo masacres que involucraron graves violaciones a la vida, integridad personal y otros derechos fundamentales. La corte declaró que el Estado colombiano fue responsable por la violación de varios derechos consagrados en la CADH. La sentencia incluyó determinaciones sobre el deber de investigar, sancionar, y reparar a las víctimas, destacando la obligación del Estado de prevenir y enfrentar actos de violencia indiscriminada.

> La Corte valora positivamente que el Tribunal Superior de Antioquia, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional de Colombia hayan ejercido un adecuado, efectivo y comprehensivo control de convencionalidad para asegurar el efectivo cumplimiento de este punto de la Sentencia de la Corte, así como lo hizo, en otro supuesto analizado más adelante, el Tribunal Administrativo de Antioquia (infra Consid.40), lo cual se refleja en las consideraciones jurídicas de dichos tribunales y denota, a su vez, un dinámico diálogo jurisprudencial

Antecedentes recientes de un correcto ejercicio del control de convencionalidad por estados signatarios de la CADH

En el análisis de contenido realizado como técnica de recolección de datos, fue posible determinar dos casos recientes (2016) en que el Estado sometido a la competencia contenciosa de la Corte IDH ha ejercido el control de convencionalidad. Por un lado, está el Caso Tenorio Roca vs. Perú (2016). Los hechos del presente caso se centran en la detención y desaparición del señor Rigoberto Tenorio Roca, y en relación del control de convencionalidad señala:

> 231. Por lo tanto, debido a un oportuno y acertado control de convencionalidad, en el caso concreto la inadecuación del tipo penal de desaparición forzada y de ciertos extremos del Acuerdo Plenario No. 9-2009/CJ-116 a los parámetros convencionales no se materializó en un elemento específico de obstaculización en el desarrollo efectivo de las investigaciones o procesos abiertos por la desaparición forzada del señor Tenorio Roca, aun cuando se encuentra latente el hecho de que pudieran ser invocados por los imputados u otras autoridades estatales, toda vez que el mismo "continúa siendo un criterio interpretativo emanado por la Corte Suprema de Justicia [que,] en principio, los jueces y juezas de instancias inferiores estarían llamados a aplicar como un criterio válido de interpretación[,] con la carga de tener que argumentar las razones en caso de desapartarse de tal lineamiento", tal como resaltó la Comisión.

También se identifica el caso Andrade Salmón vs. Bolivia (2016). En relación con el control de convencionalidad señala:

> 100. Por lo tanto, debido a que el Estado garantizó efectivamente el derecho a la libertad personal de la señora Andrade mediante las sentencias del Tribunal Constitucional, lo que a su vez constituyó un oportuno y adecuado control de convencionalidad, la Corte concluye que cesó la alegada violación.

Clasificación del control de convencionalidad

De acuerdo con las sentencias y opiniones consultivas objeto de investigación, a través de análisis de contenido fue posible determinar la siguiente tipología de control de convencionalidad según la respectiva categoría.

Según el funcionario que lo ejerce.

Control judicial de convencionalidad (supra 4.1, lit. d.), que encuentra fundamento en amplia jurisprudencia del Corte IDH, especialmente, desde el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006, párr. 124), hasta la reciente sentencia del caso Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del municipio de Rabinal vs. Guatemala (2016, párr. 289). Estas se caracterizan por acentuar la obligación en su ejercicio por parte de los jueces y órganos adscritos al Poder Judicial de todos los niveles.

Control público de convencionalidad (supra 4.1, lit. e.), el cual surge de la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Gelman vs. Uruguay (2011, párr. 239) al establecer que la obligación en su ejercicio recae sobre toda autoridad en el desarrollo de sus funciones.

Según sus efectos.

Inaplicabilidad de la norma respecto a no superar los estándares del control, como resultado de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad por vía de bloque de constitucionalidad. Esto no es otra cosa que la materialización del principio de supremacía constitucional (artículo 4° superior) en su sentido internacionalizado o convencionalizado; en caso tal un juez de la república –soportado en el sistema hibrido colombiano (Velandia, 2016)– podrá inaplicar una norma infraconstitucional por encontrarla contraria a las disposiciones de la Constitución.

Derogatoria de la norma que resulta contraria a la CADH como la intensidad más fuerte en el ejercicio del control de convencionalidad en un sistema dual y paralelo como el colombiano. Inicia en su vertiente difusa y

finaliza en su sentido concentrado por parte de la Corte Constitucional o el Consejo de Estado, quienes podrán retirar del ordenamiento jurídico una norma sometida a estudio de constitucionalidad objetiva por encontrarla contraria a principios, valores y estándares del *corpus iuris* interamericano, siempre que no sea posible su armonización.

Según la vía de aplicación.

En la vía de aplicación existen tres posibilidades. Primero, por la vía de acción pública de inconstitucionalidad bajo los presupuestos previstos en la Constitución y su respectivo decreto reglamentario. Tiene por objeto la declaratoria de inexequibilidad de una norma infraconstitucional por cargos con argumentos propios del ordenamiento jurídico convencional material ampliado.

Segundo, la excepción de inconstitucionalidad por vía de bloque de constitucionalidad como materialización del principio de supremacía constitucional. Este corresponde al juez de república frente a la aplicación –en un caso concreto– de una norma contraria a las disposiciones convencionales propias del *corpus iuris* interamericano.

Tercero, la vía *ex oficio* en donde existe un criterio recurrente en el precedente fijado por la Corte IDH respecto a que el ejercicio del control de convencionalidad debe ser de manera oficiosa por parte de los jueces, Poder Judicial y autoridades –según el hito propuesto– caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006), caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010), y caso Gelman vs. Uruguay (2011).

Según el sistema de control de convencionalidad.

De forma similar al sistema de control de constitucionalidad es posible distinguir una tipología de control de convencionalidad según su apertura para su ejercicio. A continuación, se identifican algunos:

a. Concentrado: propio del primer momento de control de convencionalidad derivado del voto razonado de Sergio García Ramírez en el año 2003 para el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, también denominado como *original o externo* por entender que corresponde a la Corte IDH.
b. Difuso: surge del precedente fijado en la sentencia del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006), entendiendo que es obligación de

todos los jueces ejercer una "especie de control de convencionalidad" entre las normas internas y las disposiciones de la Convención, propendiendo por la garantía de su efecto útil.

c. Dual y paralelo: como afirma Velandia (2016) este sistema se caracteriza por excepción de inconstitucionalidad, señalando:

> (…) por un lado se otorgó competencia al juez ordinario de aplicar en cada caso concreto los principios de supremacía constitucional y de control de constitucionalidad, toda vez que se elevó a canon constitucional lo que en Estados Unidos de Norteamérica se conoció como modelo difuso de control de la constitucionalidad, es decir, contempló por primera vez en una Constitución la denominada excepción de inconstitucionalidad. (p. 4)

Paralelamente se otorgó competencia a un juez especializado, anticipándose diez años al propuesto por Kelsen, conocido como el modelo concentrado.

d. Dinámico y complementario: derivado de la más reciente doctrina establecida por la Corte IDH que incluso encuentra fundamento en teorías denominadas como *diálogo interjurisdiccional* propuesto, entre otros, por Víctor Bazán (como se citó en Velandia, 2015):

> Por último, tal vez el anhelable "diálogo jurisprudencial" sobre el que argumentáramos aquí, se constituya justamente en el paradigma jurisdiccional que cobre definitivo impulso en la presente centuria para contribuir al complejo tránsito hacia la real efectividad de los derechos fundamentales. (p. 190)

Lo anterior, inserto en un marco interactivo de una tutela multinivel de estos. De ahí se parte para un proceso de mutua influencia jurisdiccional que haga cumplir el importante emplazamiento institucional de la Corte IDH y el valor de sus estándares. Sin embargo "que simultáneamente no se desentienda de las particularidades configurativas de las realidades sociales y culturales de los Estados que integran el sistema interamericano" (p. 190).

La Corte Interamericana ha hecho énfasis en esta tipología de control de convencionalidad bajo los siguientes presupuestos descritos en el caso Masacre Santo Domingo vs. Colombia (2013)[62]:

[62] Ratificado en la sentencia del caso Andrade Salmón vs. Bolivia (2016).

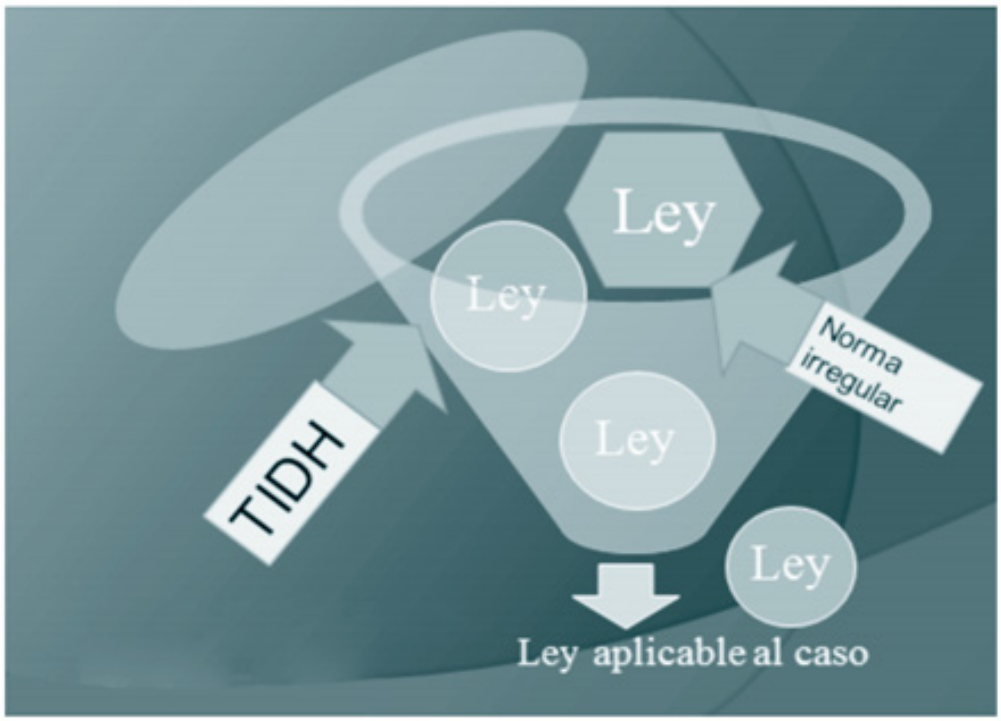
> 143. Lo anterior significa que se ha instaurado un *control dinámico y complementario* de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las *autoridades internas* (primariamente obligadas) y las *instancias internacionales* [énfasis agregado] (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.

De esta forma se concluye el capítulo correspondiente a los elementos sustantivos y adjetivos del control de convencionalidad a partir del precedente fijado por la Corte IDH en su competencia contenciosa; así como los principios, valores y estándares establecidas de forma general en su competencia consultiva y demás cuerpos normativos del *corpus iuris* interamericano. A continuación, se propone un abordaje exclusivo al ordenamiento jurídico colombiano a partir de las subreglas definidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado frente a su ejercicio, proponiendo antes el siguiente gráfico tomado de Fajardo (2015):

La figura 1 denota el ejercicio del control de convencionalidad como un tipo de "embudo" conformado por las normas propias del *corpus iuris* interamericano. Tiene especial observancia con la interpretación realizada por la Corte IDH como intérprete natural de dicho corpus, sobre todo aquellos instrumentos que reconocen la competencia contenciosa del Tribunal.

Conforme se logró demostrar a lo largo del desarrollo del presente capitulo, el control de convencionalidad se ha consolidado desde sus inicios como una especie a contar en la actualidad con un respaldo jurisprudencial y dogmático de gran nivel, lo que ha permitido permear a los diferentes ordenamientos jurídicos de orden nacional. De tal manera, ha posibilitado integrar dentro de su conceptos toda una tipología al respecto, presentada en párrafos anteriores. Igualmente, queda claro que en el marco del desarrollo

Figura 4. Esquema de control de convencionalidad



Fuente: Fajardo (2015, p. 180).

de esta misma jurisprudencia se ha fortalecido tanto los encargados de hacer dicho control, también los objetos sobre los cuales se ejerce, así como el contenido normativo que controla. Ahora procede para el desarrollo de esta investigación analizar la forma en la que se ha asumido el alcance de este control de convencionalidad para el caso colombiano.

Capítulo II
Subreglas establecidas por la Corte Constitucional de Colombia y el Consejo de Estado para la aplicación del control de convencionalidad por los jueces de la república

Jaime Cubides Cárdenas

Sergio Hernando Castillo Galvis

Juan David González Agudelo

Sebastián Hernando Castillo Galvis

La Corte Constitucional de Colombia frente al control de convencionalidad

El precedente vinculante se constituye como la materialización de la transformación de las fuentes de derecho como la conocíamos, previo a la Constitución de 1991 en Colombia, soportado en que hoy se configuran dos fenómenos jurídicos de especial importancia: la constitucionalización del derecho internacional y la internacionalización del derecho constitucional, siendo necesario acudir a Quinche (2014) quien señala:

> El hecho de constitucionalización no es un asunto colombiano o de nuestra Corte Constitucional, sino que es un suceso común en el constitucionalismo occidental. Guastini, refiriéndose al sistema italiano, lo describe como "un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente "impregnado" por las normas constitucionales. (p. 116)

Respecto a la internacionalización del derecho constitucional aduce que:

> El acontecimiento, así registrado por politólogos, internacionalistas y constitucionalistas, es percibido incluso por los cultores de derecho

> administrativo. Así, por ejemplo, la observación de Cassagne, que al registrar la erosión del modelo tradicional del legicentrismo en el caso argentino y por extensión, en el latinoamericano. Señala que la influencia reciente europea "se proyectó fundamentalmente en tres aspectos: 1) una mayor operatividad de los principios y garantías establecidos en la Constitución con la idea de hacerlos más efectivos; la incorporación de numerosos tratados sobre derechos humanos al plexo constitucional, y 3) el reconocimiento del principio de convencionalidad que atribuye a los tratados una jerarquía superior a la ley. (p. 120)

En ese sentido, se reconoce la materialización de lo que Velandia (2015) ha denominado *estado constitucional convencionalizado* bajo el presupuesto que es:

> Aquel que respeta los pactos, tratados y convenciones firmados y ratificados por Colombia, sobre Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario y considerando a todo ordenamiento que hace parte del bloque de constitucionalidad como derecho interno con plena validez y eficacia. (p. 44)

Derivado de la ratificación y aprobación de la CADH en Colombia, así como el reconocimiento a la competencia contenciosa de la Corte IDH; existe la obligación en cabeza de todas las autoridades de ejercer un control de convencionalidad, soportado en el desarrollo jurisprudencial que ha adelantada el Tribunal Interamericano. De forma coherente con lo anterior, respecto a la Constitución de 1991 y la convencionalidad, Santofimio (2017) apunta:

> 116. La matriz convencional en derechos humanos propuesta en la Constitución Política tiene como punto de articulación los mandatos constitucionales según los cuales el hombre y sus derechos se ubican materialmente y de manera inevitable en el centro de acción de las finalidades estatales, lo que se observa cuando la Constitución proclama como unos de sus más valiosos principios fundantes el de "la dignidad humana" y el de la "primacía de los derechos inalienables de la persona" (…) establecen un marco único sustancia de derecho articulado y sistemático con el derecho internacional, "un verdadero proceso de osmosis entre ambas legalidades" que determina de manera inequívoca la

vocación convencional de la institucionalidad colombiana en materia de derechos humanos. (p. 123)

A efectos del presente capítulo, y a partir del análisis jurisprudencial de providencias emitidas por la Corte Constitucional de Colombia, se enunciarán y desarrollarán los principales presupuestos establecidos por el máximo tribunal en relación con el control de convencionalidad; además del grado de vinculatoriedad de las sentencias de tribunales Internacionales y el razonamiento jurídico de armonización entre el ordenamiento nacional y el internacional.

La Corte Constitucional es juez convencional en sentido material.

Tal afirmación fue señalada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-941 (2010) la cual estudió la exequibilidad de la Ley 1372 de 2010 que aprueba el Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Colombia y los Estados Asociación Europea de Libre Comercio (AELC); con ponencia del magistrado Humberto Sierra Porto, para lo cual concluyó que cumplía con criterios de constitucionalidad para su vigencia y aplicación. No obstante, para los intereses de la investigación respecto al alcance del control de constitucionalidad en un sentido material sobre los tratados internacionales y las leyes aprobatorias; la Sentencia C-941 de 2010 adujo[63]:

> La Corte Constitucional *no es juez de convencionalidad* [énfasis agregado], esto es, no está llamada a verificar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado. Como lo sostuvo esta Corporación: "la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución". Como se indicó, el fundamento normativo de las disposiciones internacionales que se integran al bloque se deriva de cláusulas constitucionales expresas en las que se efectúan remisiones directas a dichas normas y principios, incorporándolos al ordenamiento interno con rango constitucional para efectos de precisar y complementar el sentido de las mismas.

[63] Véase Sentencia C-028 de 2006, Sentencia C-750 de 2008, Sentencia C-446 de 2009, Sentencia C-1189 de 2000, Sentencia C-025 de 2004.

Aun cuando la sentencia emitida, y al final el objeto de la ley sometido a control automático y previo de constitucionalidad no es de aquellos que conformaran el bloque de convencionalidad; es de vital importancia por cuanto se deriva de su análisis que es parcialmente correcta la interpretación realizada. Está soportado en que si bien es cierto, en materialización del principio de supremacía constitucional (artículo 4° superior) no es factible declarar de forma automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad frente a normas internacionales. Sin embargo, incurre en un error frente al no estar llamada a comprobar la concordancia abstracta de la legislación nacional con los tratados internacionales que obligan al Estado. Según el tratado multilateral denominado Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador" (1988), de esta forma está desconociendo abiertamente la obligación general en cabeza del Estado en relación con "adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades" (Art. 2) Adicionalmente, inobservando los principios de *buena fe objetiva y pacta sunt servanda*, derivados de la Convención de Viena sobre los Tratados, se encuentra como un posible argumento el esgrimido por Santofimio (2017), quien señala:

> (…) Ha de entenderse que no se admite de manera alguna la supremacía de los tratados internacionales sobre la Constitución Política, razón suficiente para entender que el ejercicio a que llama la integración del bloque de constitucionalidad a la luz de la jurisprudencia colombiana con los tratados y convenciones internacionales y demás instrumentos del derecho internacional es el de acrecentar la Constitución para efectos del control de constitucionalidad, lo que lleva a que de manera reiterativa la Corte Constitucional sostenga que ella lo que está llamado a hacer es control de constitucionalidad y no control de convencionaldiad, incluso de los mismos tratados. (p. 90)

Resulta a tal punto contradictoria la subregla fijada por la Corte Constitucional frente a su connotación *convencional*, que a la fecha de proferir la Sentencia C-941 de 2010 ya había ejercido control de constitucionalidad de competencia abstracta y objetiva sobre leyes acudiendo a estándares señalados en la CADH y providencias de la Corte IDH. Es el caso de la Sentencia

C-228 de 2002 en que el Tribunal estudió la constitucionalidad de disposiciones del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000) en relación con los derechos de las víctimas. Para esto se trae a colación las sentencias del caso Velásquez Rodríguez vs. Salvador (1988) y Barrios Altos vs. Perú (2001) en lo que refiere a que carecen de efectos jurídicos y, por tanto, son contrarias a la Convención las leyes que impiden a las víctimas acceder a sus derechos de verdad y justicia.

Manteniendo una línea de coherencia frente a esto, con un objeto de estudio similar la Corte Constitucional profiere la Sentencia C-370 de 2006 en relación con los derechos de las víctimas en el proceso penal previstos en la Ley 975 de 2005[64] y, en general, frente al sistema de transición propuesto en dicho cuerpo normativo. De esta forma, indica:

> 4.4.1. Por su relevancia como fuente de Derecho Internacional vinculante para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte transcribirá algunos de los apartes más relevantes de algunas de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas.

Para ello acude a las siguientes providencias: caso Godínez Cruz vs. Honduras (1989)[65], caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras (1988), caso Barrios Altos vs. Perú (2001), caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala (2000)[66], caso Masacre Mapiripán vs. Colombia (2005)[67], entre otros. En especial, se

[64] En la ley 975 de 2005 se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

[65] El señor Godínez Cruz, sindicalista y trabajador de una empresa, fue despedido y arrestado durante una huelga. Alegó que su despido y detención fueron represalias por sus actividades sindicales. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos encontró que Honduras violó varios derechos de Godínez Cruz, incluido el derecho a la libertad personal y sindicalización.

[66] Secuestro y desaparición forzada de Efraín Bámaca Velásquez en 1992. Se alega la responsabilidad del Estado guatemalteco en este acto, así como la falta de investigación adecuada para esclarecer los hechos. La Corte IDH determinó violaciones a derechos como la vida, integridad personal y garantías judiciales, destacando la obligación de investigar y sancionar.

[67] La Corte IDH abordó la masacre ocurrida en 1997, donde paramilitares asesinaron a numerosas personas. Se declararon violaciones a derechos humanos, resaltando la responsabilidad estatal y la obligación de garantizar derechos a la vida, integridad y acceso a la justicia.

señala el último por las obligaciones en cabeza del Estado por la declaración de responsabilidad internacional.

No obstante, igualmente existen providencias[68] en que la Corte Constitucional denota su alejamiento o disidencia con la dogmática del derecho convencional. Tal es el caso de la Sentencia C-400 de 1998 en relación con la prevalencia del derecho nacional sobre el internacional y el deber de inaplicación por encontrar incongruente las disposiciones del Tratado (y su ley aprobatoria) frente a la norma superior. Para ello, señala:

> De un lado, en el plano interno, la supremacía de la Carta implica que un tratado contrario a la Constitución debe ser inaplicado por las autoridades, en virtud del mandato perentorio del artículo 4º superior. (…) Lo que es inadmisible es el mantenimiento de una incompatibilidad entre un tratado y la Carta, por cuanto, como se señaló, las autoridades quedan sometidas a situaciones insostenibles pues deben aplicar la Constitución, aun cuando ello implique desconocer nuestras obligaciones internacionales y comprometer la responsabilidad internacional de nuestro Estado. En tercer término, en virtud del principio Pacta sunt servanda, que encuentra amplio sustento en la Carta, como ya se ha visto, es deber de los operadores jurídicos aplicar las normas internas distintas de la Constitución de manera que armonicen lo más posible con los compromisos internacionales suscritos que tiene el país.

La Sentencia C-442 de 2011 (Corte Constitucional, 2011) analiza los tipos penales de injuria y calumnia; además, aduce que no puede operar un control de convencionalidad en los siguientes términos:

> Ahora bien, aunque constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de *un control de convencionalidad* [énfasis agregado] que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales, a lo cual se hará alusión en un acápite posterior de esta decisión.

[68] Véase igualmente Sentencia C-442 de 2011, Sentencia SU712 de 2013, Sentencia C-500 de 2014, Sentencia C-269 de 2014.

Por lo anterior, la subregla acerca de que la Corte Constitucional no es juez convencional resulta contraria a la realidad. Está fundamentado en que existe multiplicidad de pronunciamientos por parte del Tribunal en que reconoce la relevancia que ostenta los tratados internacionales (bajo las previsiones señaladas en los artículos 93 y 94 superiores). Va más allá de los reparos que realice a tratados internacionales y sus leyes aprobatorias, acudiendo a estándares, principios y valores del *corpus iuris* interamericano (incluyen el DIH y el *ius cogens*) para el análisis de compatibilidad constitucional frente a cuerpos normativos de rango legal; así como en sede de revisión de tutelas en ejercicio de control de constitucionalidad subjetivo y concreto. Santofimio (2017) lo señala de la siguiente manera:

> Se trata de un trabajo de armonización permanente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que da una aplicación conforme con el orden convencional en los asuntos que involucran derechos subjetivos fundamentales de las personas, específicamente a través de las revisiones de tutelas y en algunos asuntos en que se resuelven cuestiones de constitucionalidad, haciendo de esta manera, quiera o no la Corte admitirlo, un verdadero y material control de convencionalidad subjetivo, en cuanto que aplicar estándares convencionales en los asuntos judiciales es esencialmente un ejercicio de control de convencionalidad, ejercicio que muchas veces efectúa esa corporación por fuera de cualquier discusión en torno al bloque de constitucionalidad, en la medida en que en estos casos no está efectuando control objetivo de lo que ella entiende como control de constitucionalidad. (p. 134)

Las sentencias de la Corte IDH como criterio relevante de interpretación.

De acuerdo con manifestaciones realizadas por la Corte Constitucional, en cuanto a las funciones[69] integradoras e interpretativa del bloque de constitucionalidad, esta ha realizado una clara distinción entre el grado vinculante de sentencias emitidas por la Corte IDH frente al ordenamiento jurídico colombiano, bajo dos supuestos: por un lado, en caso que Colombia

[69] La sentencia C-271 de 2007 dijo que la función integradora responde a la "provisión de parámetros específicos de constitucionalidad en ausencia de disposiciones constitucionales expresas, por remisión directa de los artículos 93, 94, 44 y 53 Superiores". En cambio, la interpretativa es aquella que "sirve de parámetro guía en la interpretación del contenido de las cláusulas constitucionales y en la identificación de las limitaciones admisibles a los derechos fundamentales". En esta dirección, este Tribunal ha dicho que la función interpretativa permite acoger la representación de órganos autorizados en el control constitucional como criterio de apoyo hermenéutico.

sea parte del proceso interamericano su obligatoriedad (o vinculatoriedad) es de grado superior de intensidad, haciendo parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto y con función integradora, entre tanto. De otro lado, si Colombia no es parte en el proceso solo será un criterio de interpretación relevante frente al parámetro de control constitucional, es decir, propio del bloque de constitucionalidad en sentido lato y con función interpretativa, bajo el entendido que resta obligatoriedad y consecuentemente, en ambos casos, deberá adoptarse la armonización como *test* que permita la correcta compatibilidad entre la Constitución y las normas (e interpretaciones) que componen el bloque de constitucionalidad. Por esto, en la Sentencia C-500 de 2014 la Corte adujo:

> 8.3.2.2. La existencia de autoridades judiciales a las que se atribuye la función de interpretar auténticamente el tratado en desarrollo de funciones expresamente asignadas en su texto revela la necesidad de que los órganos estatales encargados de aplicar tales normas consideren tal interpretación. Es por ello que la jurisprudencia constitucional destaca que "en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse 'de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia', es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales". También ha señalado que "la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la CADH, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad".

De forma concordante, en la Sentencia C-327 (Corte Constitucional, 2016)[70] la Corte señaló:

> 26. En conclusión, la línea jurisprudencia trazada por la Corte ha sido pacífica y reiterada en afirmar que la jurisprudencia proferida por organismos internacionales, y en este caso en particular por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sirve como criterio relevante que se debe tener en cuenta para fijar el alcance y contenido de los derechos y deberes que se encuentran consagrados en el ordenamiento jurídico interno. No obstante, también ha dicho que el alcance de estas decisiones en la interpretación de los derechos fundamentales debe ser sistemática, en concordancia con las reglas constitucionales y que además cuando se

[70] También puede tenerse en cuenta la Sentencia C-370 de 2006.

> usen precedentes de derecho internacional como criterio hermenéutico se deben analizar las circunstancias de cada caso particular para establecer su aplicabilidad.
>
> Aduce además en Sentencia T-653 de 2012 que:
> En esa línea, en diversos fallos esta Corporación se ha referido puntualmente a la Corte IDH, indicando que su jurisprudencia es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. La Corporación ha sostenido que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad.

La afirmación anterior resulta claramente discutible. Aun cuando hace la distinción de obligatoriedad entre aquellas providencias que tengan (o no) a Colombia como parte del proceso, ni siendo Colombia declarado responsable internacionalmente por un hecho ilícito ejerce entonces un control de convencionalidad por vía de bloque si se quiere, al punto que en multiplicidad de casos el Estado no ha adoptado las medidas necesarias para el cumplimiento de órdenes por parte la Corte IDH. Es necesario que las victimas acudan a un recurso adicional de carácter subsidiario como la tutela, para que sean cumplidas –por lo menos desde el punto de vista formal– dado que en la actualidad aún subsisten *sin pleno y oportuno cumplimiento* las medidas ordenadas, verbigracia: sentencia del caso 19 de Comerciantes vs. Colombia (Sentencia T-653 de 2002); Masacre Santo Domingo vs. Colombia (Sentencia T-564 de 2016); Masacres de Ituango vs. Colombia (Sentencia T-367 de 2010). Esta última fue reconocida por el Tribunal Interamericano en Resolución de Cumplimiento de dicho caso, señalando que en su jurisprudencia reciente la Corte Interamericana ha precisado, respecto de la obligación de los Estados de ejercer el "control de convencionalidad", que es posible observar dos manifestaciones distintas del mismo dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. En relación con lo anterior:

> Así, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. (Nash, 2019, p. 34)

De igual manera, el Tribunal agrega cómo la corte valora de efectivo ejercer un adecuado, efectivo y comprehensivo control de convencionalidad por parte del Tribunal Superior de Antioquia, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional de Colombia. Lo anterior para asegurar un cumplimiento eficiente cumplimiento de este punto de la Sentencia de la Corte. De esta manera lo hizo el Tribunal Administrativo de Antioquia, reflejado en las consideraciones jurídicas de dichos tribunales, lo que denota un dinámico diálogo jurisprudencial.

Al ser las sentencias emitidas por la Corte IDH material de inspección del control de convencionalidad bajo las determinaciones alcanzadas por la evolución de la línea jurisprudencial del Tribunal Interamericano; se tiene que en Colombia existe un desarrollo pacífico frente a que será parámetro de constitucionalidad en providencias de procesos contra el país y criterio relevante de interpretación en aquellos que no. De lo anterior se deriva que los elementos para tener en cuenta no se constituyen en que si Colombia es parte, o no sea criterio relevante de interpretación. Por el contrario, resulta de vital importancia establecer como único criterio objetivo para su incorporación –por vía de armonización si se quiere– el de principio *pro homine,* progresividad y ordenamiento jurídico convencional material de aplicación directa. Como bien lo afirmó Gloria Stella Ortiz Delgado en su salvamento de voto en la Sentencia del caso C-327 de 2016:

> 85. Esa actitud es, sin embargo, infundada. Lo único que ocurre cuando se acepta que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante y que el control de convencionalidad existe incluso cuando se presenten tales divergencias es que la discusión se ubica en el plano que le corresponde: el de las cargas de la argumentación en la motivación de las sentencias, como exigencia esencial del respeto al precedente como fuente de

derecho, y la utilización del principio pro-persona como cláusula de cierre en cualquiera de las tensiones descritas.

La metodología de armonización como criterio unificador de ordenamientos y la interpretación del Tratado frente a una eventual relativización del principio de cosa juzgada constitucional.

De la Sentencia C-500 de 2014 se deriva como subregla la armonización como criterio interpretativo de ordenamientos jurídicos, en este caso el interno y el internacional, siendo que "el reconocimiento de los tratados internacionales en esta específica materia impone a la Corte Constitucional el deber de establecer fórmulas de interpretación que hagan posible, en lugar de confrontar los órdenes jurídicos nacional e internacional, armonizarlos adecuadamente" (p. 75). Si bien es cierto, de forma aparente puede existir una incompatibilidad entre las disposiciones de carácter infraconstitucional (o incluso constitucional) frente al ordenamiento jurídico convencional material.

De acuerdo con el análisis realizado a las providencias que a la fecha ha emitido la Corte Constitucional, teniendo como categoría *control de convencionalidad,* la Sentencia C-500 de 2014 es la de mayor desarrollo. En ella acude a su propia definición trayendo a colación sentencias de la Corte IDH en que ha construido la conceptualización del instrumento interamericano. Incluso, frente al grado vinculante de las sentencias cuando sea parte (o no) del proceso, llega al punto de establecer:

> Con esa misma orientación, la jurisprudencia interamericana ha señalado recientemente, luego de afirmar la obligación de los Estados de cumplir las decisiones adoptadas por la Corte Interamericana cuando sean parte en el respectivo proceso, que cuando ello no ocurre –no son parte en el proceso– las autoridades del Estado están vinculadas por el Tratado y, por ello, "deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.

A lo anterior agrega el deber de armonizar en cabeza de la Corte Constitucional en casos en los cuales ya se haya discutido la constitucionalidad de una norma, gozando de la prerrogativa de *cosa juzgada,* señalando dos elementos para tener en cuenta:

> (…) plantea a la Corte el deber de articular la institución de la cosa juzgada constitucional con la necesidad de armonizar, en la mayor medida posible, los tratados internacionales en materia de derechos humanos y el derecho interno en tanto aquellos se integran al bloque de constitucionalidad. (…) 8.3.2.5. La armonización que se plantea no supone integrar al bloque de constitucionalidad la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Ella es un criterio hermenéutico relevante que deberá ser considerado en cada caso. Sin embargo, cuando las normas del tratado se integran al parámetro de control y las autoridades encargadas de interpretarlo establecen una comprensión uniforme, reiterada y clara, no resulta posible desde la perspectiva de la inserción del estado colombiano en las relaciones internacionales (arts. 9 y 226), abstenerse de considerar esa interpretación al analizar la posibilidad de examinar nuevamente un asunto que, en sede del control abstracto, lo había sido previamente.

Entonces, se tiene que el ejercicio de armonización por parte de la Corte Constitucional conlleve a tomar como parámetro de constitucionalidad en sí mismo la determinación establecida en el texto de la CADH, y como criterio relevante de interpretación –subregla que fue desarrollada en el acápite anterior– la jurisprudencia de la Corte IDH. Propenderá por no generar un conflicto normativo entre el orden jurídico nacional o internacional, sino que deberá inclinarse por la denominada *justicia integradora o multinivel*[71]. Por ejemplo, en desarrollo del bloque de constitucionalidad la reciente Sentencia C-327 de 2016 agrega la armonización e interpretación sistemática entre aquellas normas y principios que no hacen parte formalmente de la Carta Superior, pero que se constituyen como parámetro de control de constitucionalidad. Al respecto señala:

> Por lo tanto, la Corte ha considerado que las normas convencionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad deben interpretarse en armonía con la Constitución; es decir, el bloque de constitucionalidad impone una interpretación sistemática que también debe responder a la interpretación más favorable para la protección de los derechos. Así, el control de constitucionalidad que invoque la vulneración de una

[71] Véase Derecho Procesal Constitucional (2015).

> disposición convencional debe realizar la verificación de su concordancia a partir del bloque de constitucionalidad, ello es, en armonía con las reglas constitucionales. (p. 29)

La última afirmación denota un claro reconocimiento del control de convencionalidad por vía de bloque, acudiendo a la metodología jurídica de armonización e interpretación sistemática entre la Carta Superior y los tratados internacionales, bajo los supuestos (integrador e interpretativo) previstos en el artículo 93 superior. De esta forma, como bien lo ha denominado Quiroga (2015) la tercera y actual etapa de recepción del control de convencionalidad por la Corte Constitucional está determinado por el ejercicio de un *test de armonización* en los siguientes términos:

> La Corte Constitucional mantiene su postura de morigeración, reiterando que la Convención a pesar de ser de rango constitucional no puede ser aplicada de forma directa sin el previo "test" de armonización con la Constitución, y se vuelve mucho más exigente con la adopción de la jurisprudencia de la CIDH al establecer que solo obliga de forma directa cuando Colombia es parte del fallo y que en los demás casos solo actúa como criterios relevante de interpretación. (p. 90)

No obstante, entre las problemáticas que se deberán resolver acerca del control de convencionalidad sobre normas que gocen de cosa juzgada a nivel interno, está la configuración de situaciones extraordinarias que conlleven una reevaluación de compatibilidad entre las normas infraconstitucionales respecto a la CADH y, en general, el *corpus iuris* interamericano (Sentencia C-500 de 2014):

> Tal y como se señaló al examinar el cargo anterior, tomada una decisión por la Corte Constitucional ella hace tránsito a cosa juzgada constitucional y se torna inmutable, intangible, definitiva, indiscutible y obligatoria. Con todo, esta Corporación ha precisado que tales efectos de intangibilidad de la cosa juzgada, pueden ser limitados en aquellos eventos en los que se presenten situaciones extraordinarias. (p. 39)

Adicionalmente, frente a la relativización del principio de cosa juzgada constitucional se tiene que, además de la transformación de circunstancias, se encuentra la modificación o transformación del parámetro de control En ese sentido, resulta diferente al anterior y posibilita adelantar un nuevo examen. Sin embargo, agrega que dicha modificación:

> [A] diferencia de lo que ocurre con los supuestos comprendidos por la "Constitución Viviente" no alude a una variación en la interpretación de los textos relevantes, sino a una *modificación de tales textos* [énfasis agregado] después de adelantado el procedimiento previsto para ello. (p. 39)

Para ello será necesario materializar los siguientes criterios fijados por la Corte Constitucional:

> Para la Corte tal hipótesis solo podría abrirse paso cuando se acredite adecuadamente el cumplimiento de condiciones muy estrictas. En efecto, ello solo será posible en aquellos casos en los cuales (i) el parámetro de control del asunto previamente examinado haya sido una norma integrada al bloque de constitucionalidad en sentido estricto; (ii) los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan variado radicalmente y de forma clara el sentido de tal norma; (iii) la nueva interpretación resulte compatible con la Constitución Política; (iv) ofrezca un mayor grado de protección a los derechos, que el otorgado por la Constitución; (v) se integre a la ratio decidendi de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y (vi) sea uniforme y reiterada. (p. 6)

Sobre los criterios propuestos por la Corte Constitucional frente a relativizar el principio de cosa juzgada sobre sentencias emitidas por el Tribunal en su competencia abstracta y objetiva (C-); aun cuando exista interpretación de la Corte IDH, soportado en los resultados alcanzados en el primer objetivo específico y sentencias de la misma Corte Constitucional, limita abiertamente el reconocimiento de precedente vinculante a criterios como: los pronunciamientos de la Corte IDH hayan variado radicalmente y de forma clara el sentido de tal norma; la nueva interpretación resulte compatible con la Constitución Política; asimismo, que sea uniforme y reiterada. Por tanto, es necesario efectuar las siguientes apreciaciones:

- Frente a que los pronunciamientos hayan variado radicalmente y de forma clara el sentido de la norma, no necesariamente esto debe aplicarse porque puede obedecer a *sentencias hito (fundadora de línea o ratificadora de línea)* – haciendo analogía en términos de Diego Eduardo López Medina en su libro Derecho de los jueces (2001)–. Incluso en opiniones consultivas –como lo ha señalado por ejemplo en OC-24 de

2017– la Corte IDH ha determinado que la interpretación dada en sede consultiva constituye igualmente parámetro de convencionalidad.

- La nueva interpretación resulta compatible con la Constitución, igualmente, se manifiesta supremamente optimista y condicionada la postura de la Corte Constitucional. Incluso disposiciones constitucionales –no de forma automática– pueden resultar contrarias a la CADH. En ese sentido, sería posible adoptarse mejor como criterio el principio *prohomine* más allá que la interpretación sea (o no) coherente con la norma superior.
- Sin duda el punto de mayor discusión son los criterios *de uniformidad y reiteración* que se establece como carga sobre las providencias emitidas por la Corte IDH. Desconoce que incluso una sola sentencia de la Corte Constitucional constituye precedente, además, bajo qué argumento las del Tribunal Interamericano como intérprete auténtico de la CADH no lo es. Como lo afirma Bernal (2008) "se necesita una sola sentencia de la Corte Constitucional para que exista precedente. Esto quiere decir que, como ella misma ha sostenido, toda sentencia de la Alta Corte constituye precedente" (p. 90), como lo manifestará adicionalmente el magistrado Luis Ernesto Vargas Silva en la Sentencia SU-712 de 2013:

> Ahora bien, en la decisión que motiva este voto disidente, advirtió la mayoría que el fallo podría ir en contra de decisiones internacionales. Aunque es argumentativamente loable aceptar esa eventual incompatibilidad, no lo es convertir un precedente de la CorteIDH en una decisión internacional, cuyo valor normativo sería discutible en el ámbito interno.

La sentencia de Leopoldo López Mendoza vs. Venezuela (2011) es un precedente. Su doctrina sobre la interpretación de la CADH es vinculante para todos los agentes del orden interno, incluida esta corporación.

Si bien es cierto que se respeta la postura del Tribunal Constitucional en relación con la armonización, como la metodología para integrar ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales; no es de recibo que fije criterios adicionales en lo vinculado con la uniformidad, claridad y reiteración de sus pronunciamientos para que justifiquen una nueva evaluación

de compatibilidad constitucional. El único que resultaría procedente para ello es el principio *prohomine,* sin acudir a uniformidad y reiteración como quedó evidenciado bajo la concepción de Vargas Silva sobre el caso López Mendoza vs. Venezuela (2011).

En Colombia existe el control de convencionalidad

Probablemente en conjunto con la postura asumida en la Sentencia C-941 de 2010, en relación con que la Corte Constitucional no es juez convencional, mediante la Sentencia C-327 de 2016 aduce que en Colombia no existe el control de convencionalidad; aun cuando la providencia misma y el análisis efectuado constituye un claro estudio de compatibilidad –por vía de bloque de constitucionalidad– entre normas de carácter interno –en este caso el artículo 90 C.C– y las disposiciones del *corpus iuris* interamericano –artículo 4. 1 CADH–. Además, acudiendo a la interpretación realizada por la Corte IDH en la sentencia del caso Artavia Murillo vs. Costa Rica (2012)[72], mencionando de esta forma los siguientes elementos: por un lado, el problema jurídico gira en torno a normas de carácter convencional; por otra parte, plantea como ruta metodológica el bloque de constitucionalidad y las sentencias del Tribunal Interamericano como criterios relevantes de interpretación.

Específicamente, frente al control de convencionalidad trae a colación el precedente fijado en Sentencias C-442 de 2011 y C-269 de 2014, aduciendo:

> No obstante, enfatizó que una decisión proferida por este organismo internacional "no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de *un control de convencionalidad* [énfasis agregado] que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno (…)", ya que es necesario revisar las circunstancias del caso que se analiza y la relevancia del precedente para el particular. Con fundamento en lo anterior, se apartó de la interpretación que la Corte Interamericana le había dado a los derechos a la honra y a la libertad de pensamiento y expresión. Esta posición ha sido reiterada por la Corte en varias oportunidades.

Lo anterior conllevó a que la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado señalará en la introducción de su salvamento de voto –el cual será desarrollado en el último acápite de este capítulo– lo siguiente:

[72] La Corte IDH determinó que Costa Rica violó derechos fundamentales al prohibir la fecundación in vitro. La sentencia, ordenó levantar la prohibición, establecer regulaciones y proporcionar compensaciones a las parejas afectadas.

> 1. Acompaño la decisión adoptada por la Sala Plena en la sentencia C-327 de 2016, según la cual el artículo 90 del Código Civil no desconoce el artículo 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, aclaro mi voto en torno a dos aspectos contenidos en su motivación. Primero, *la afirmación según la cual el control de convencionalidad "no existe" en el ordenamiento jurídico colombiano* [énfasis agregado]; y, segundo, la presentación de la jurisprudencia sobre el bloque de constitucionalidad.

Lo que puede derivarse de lo anterior es que en sentido material la Corte Constitucional ejerce el control de convencionalidad; incluso otorga carácter vinculante a la jurisprudencia de la Corte IDH para dirimir conflictos en su competencia de control constitucional, sea por vía de tutela o acción de constitucionalidad. Incurre en el desconocimiento de su obligación frente a una carga argumentativa que justifique su apartamiento del precedente derivado del Tribunal Interamericano, sin que signifique una jerarquización normativa u orgánica. En cambio, como la materialización del efecto útil de la Convención; así como una conformación real de un bloque de constitucionalidad que incluya y reconozca el carácter vinculante de sus providencias, si se quiere, en sede contenciosa –más allá de las discusiones que ello puede derivar en su función consultiva–.

S.O.S. frente a una concepción material del control de convencionalidad. Salvamento de votos de magistrados de la Corte Constitucional

De lo desarrollado a la fecha es posible observar que la Corte Constitucional presenta cierta restricción –desde el punto de vista formal– a aceptar su ejercicio frente al control de convencionalidad, siendo que a título de corporación se muestra renuente respecto al tema pero, como ha sido señalado, desde el punto de vista material no. Sin embargo, igualmente se observa que con el desarrollo presentado algunos de los magistrados expresan su inconformidad frente a dicha postura, constituyendo una visión contraria a la mayoría al interior del órgano colegiado.

En la sentencia C-500 de 2014 el magistrado ponente Mauricio González Cuervo salvó su voto –en relación con el control de convencionalidad– manifestando:

> En lo que respecta al tema del "Control de Convencionalidad", considero que la sentencia de la referencia debió pronunciarse de una

> manera más profunda y efectiva sobre el alcance y significado que para el derecho colombiano tiene la exigencia interpretativa que propone la Corte Interamericana, en la medida en que siguen siendo constantes las diferentes aproximaciones a la figura y al bloque de constitucionalidad, en el escenario nacional (…) Sin embargo, teniendo en cuenta que frente a todos estos fenómenos contemporáneos la ambigüedad persiste, creo que es una tarea pendiente y necesaria de este Tribunal, evaluar de una manera más aguda y hacia el futuro, cuál será el papel que a ciencia cierta tendrá la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el derecho interno colombiano y cuál será el alcance exacto del "Control de Convencionalidad" enunciado, en el análisis jurídico y en la labor de las autoridades judiciales nacionales.

Pudiese decirse que a este punto la Corte Constitucional se encuentra aún en deuda frente a establecer el alcance del control de convencionalidad. Sin duda, esto ha impedido su correcto ejercicio por los jueces y en general, las autoridades. De otro lado, en la Sentencia SU-712 de 2013 se discutió la sanción que había sido impuesta a la exsenadora Piedad Córdoba por parte del Procurador General de la Nación. Trajo a colación la decisión adoptada por la Corte IDH en el caso López Mendoza vs. Venezuela y, como órgano colegiado, la Corte determinó que los supuestos fácticos y jurídicos son diferentes entre casos. No obstante, el magistrado Luis Ernesto Vargas Silva adujo lo siguiente:

> Finalmente, omitió su deber de adelantar el control de convencionalidad sobre sus propias interpretaciones, después de conocer el sentido de la decisión *López Mendoza contra Venezuela,* adoptada el 1º de septiembre de 2011 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según el cual es indiscutible que el artículo 23 de la Convención exige reserva judicial para la adopción de decisiones que afecten intensamente derechos políticos de funcionarios de elección popular, en el marco de un procedimiento disciplinario.

Desconocer el carácter de precedente de ese fallo y dirigirse abiertamente en contra de su sentido jurídico, se opone al cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. A su vez:

> *Hace vulnerable la decisión adoptada en la sentencia SU-712/13 al escrutinio de los órganos competentes de derecho internacional. Solo una inconveniente vanidad judicial* y [énfasis agregado] no un compromiso inquebrantable

> con la vigencia de los derechos humanos, explica que la Corte Constitucional prefiera mantener una postura del año 2004 y hoy en día obsoleta, a asumir el cambio de orientación exigido por el principio democrático, el goce efectivo de los derechos políticos, y el actual conocimiento del derecho internacional sobre el alcance del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Denomina vanidad judicial y sostenimiento de una postura obsoleta la posición asumida por la Corte Constitucional como corporación. Lo anterior, absteniéndose de adoptar medidas frente al cambio de su jurisprudencia. Además, reconociendo abiertamente el carácter de precedente a la providencia del Tribunal Interamericano estudiada, desestimando los criterios de uniformidad y reiteración.

A efectos del trabajo de investigación, la Sentencia C-327 de 2016 es una clara manifestación de inconformidad al interior del cuerpo colegiado frente a la concepción que del control. Al respecto, la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado menciona:

> 9.4. De acuerdo con el considerando 11, en virtud del art. 93.2, el bloque como parámetro de control de las normas obliga a que los derechos fundamentales sean interpretados de acuerdo con los tratados de DIDH, aunque, según la sentencia C-028 de 2006, las normas contenidas en tales tratados deberían ser interpretadas de forma consistente con la Constitución Política. Por lo tanto, continúa el proyecto, "las normas convencionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad "no constituyen parámetro autónomo de control abstracto", sino que se deben interpretar en armonía con la Constitución ya que (además de lo expuesto), *"en nuestro ordenamiento no existe control de convencionalidad"* [énfasis agregado].

Al respecto, es posible resumir su posición en los siguientes términos: primero, hace relación a la indeterminación de la categoría de criterio relevante de interpretación bajo los siguientes términos:

> 64.1. La Corte Constitucional nunca ha explicado lo que significa la expresión criterio relevante. La pregunta inmediata, aún sin respuesta, es ¿y qué tan relevante? Mientras no exista respuesta a ese interrogante, esta posición resta fuerza a la jurisprudencia del alto tribunal regional, y no contribuye a brindar certeza jurídica a las personas o ciudadanos, en torno a un tema tan importante como los derechos de las personas.

Segundo, el reconocimiento de la fuerza vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH permite el cumplimiento de las disposiciones del Tratado bajo los presupuestos de buena fe objetiva y *pacta sun servanda,* derivados de la Convención de Viena. En ese sentido afirma:

> Aceptar la competencia de la Corte en el marco de los casos concretos que involucran al Estado colombiano y negar el valor vinculante de su jurisprudencia es inconsistente, pues en el ejercicio de ambas funciones la tarea esencial de ese Tribunal es la misma: desarrollar y mantener unidad en la interpretación de las normas de derechos humanos, sin perjuicio del deber del Estado colombiano de cumplir las órdenes que específicamente le atañen, aspecto que nunca ha estado en discusión.

Tercero, efectivamente la Corte Constitucional sí ejerce un control de convencionalidad:

> 75. La situación descrita, es decir, negar la existencia del control de convencionalidad que, al mismo tiempo se adelanta, puede calificarse como una contradicción performativa: en el plano del discurso se niega la existencia de esta herramienta de garantía de los derechos humanos, mientras en el plano operativo y, en ejercicio de sus funciones, el Tribunal declara la conformidad del artículo 90 CC con el 4º de la CADH.

Cuarto, propone que el ejercicio del control de convencionalidad por la Corte Constitucional debe hacerse desde los siguientes elementos:

> 80. En Colombia, sin embargo, el control de regularidad entre las normas inferiores y las de jerarquía constitucional se efectúa por vía de tutela, en el marco del control abstracto, por excepción y a través del principio de interpretación conforme. Es, en esas direcciones, que este Tribunal debe propender por asegurar el ejercicio del control de convencionalidad.

A su vez, en la Sentencia C-586 de 2016 se estudió la exequibilidad del numeral 3° del artículo 242 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con la prohibición discriminatoria en contra de la mujer para desempeñar ciertas labores. No obstante, para efectos de esta investigación resulta de vital importancia traer a colación algunos de los elementos expuestos por el magistrado ponente en su salvamento de voto, a saber:

> La obligación de ejercer control de convencionalidad y por esta vía, de dar aplicación al corpus iuris interamericano y a la interpretación que de estos textos ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido asumida de modo equivocado en algunos países, como una suerte de imposición en virtud de la cual, la Corte Interamericana sometería a las cortes constitucionales o las cortes supremas de justicia de los distintos países.

La Corte Constitucional ha sido participe de entender el control de convencionalidad de manera errónea, cada vez que afirman "no se juez de convencionalidad". Lo anterior, debido a que la evidencia comprueba el ejercicio continuo del control jurídico a partir del derecho convencional. En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia es juez de convencionalidad, así se mencione lo contrario, como ocurrió con la Sentencia C-792 de 2014, reconocida por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos por aplicar el control de convencionalidad.

Con esto denota que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es vigente y de aplicación directa en el ordenamiento jurídico colombiano. Por tanto, con el presente capítulo queda sentado que la Corte Constitucional en sede de revisión de tutela o constitucionalidad ejerce un control de convencionalidad, aunque de manera formal hay cierto recelo en su aceptación y desarrollo. No obstante, es de fácil observancia que al interior del órgano colegiado existen diversas posturas frente al control en sí mismo, así como la categoría, grado de vinculatoriedad o relevancia a las sentencias de la Corte IDH, elemento que puede ser discutido en posteriores trabajos.

El Consejo de Estado frente al control de convencionalidad en la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo

Es importante el reconocimiento realizado por el magistrado ponente Alberto Rojas Ríos en su salvamento de voto en Sentencia C-586 de 2016, al establecer una clara diferencia entre la concepción material del control de convencionalidad por parte del Consejo de Estado, aduciendo que:

> Es necesario decir y reconocer, que sobre el punto ha sido más consistente la postura del Consejo de Estado, juez constitucional en los

> términos de los artículos 237 de la Constitución y 43 de la Ley 270 de 1994, especialmente por parte de la Sección Tercera, que sin ambages ha establecido el diálogo judicial y ejerce en sus decisiones el control de convencionalidad. Este juez constitucional ha entendido, que en la defensa del orden jurídico y de los derechos fundamentales, concurren los controles de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad, propiciados por el bloque de constitucionalidad, que no es otra cosa que un recurso metodológico que permite defender los derechos reconocidos por la Constitución desde normas pertenecientes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
>
> De forma similar, Santofimio (2017) señala:
> Dentro de este escenario, el Consejo de Estado ha dado aplicación al control de convencionalidad en sus vertientes objetivas y subjetivas, por cuanto se ha visto abocado a la confrontación del ordenamiento jurídico interno en el orden jurídico convencional y, por otro lado, ha dado aplicación a los estándares o parámetros internacionales en materia de protección de derechos humanos. (p. 80)

Por lo anterior, se propone esbozar algunas de las subreglas fijadas por el Consejo de Estado en ejercicio del control de convencionalidad en sus vertientes objetiva (abstracta) y subjetiva (concreta). Tiende por establecer sus principales lineamientos que permitan delimitar las obligaciones de los jueces de menor jerarquía, en observancia del denominado precedente vertical y previamente haciendo referencia a dos vertientes del control de convencionalidad en su sentido subjetivo y objetivo. De modo que, a efectos de brindar un panorama mayor frente a antecedentes jurisprudenciales sobre los cuales el Consejo de Estado ha establecido un control de convencionalidad objetivo, Santofimio (2017) señala los siguientes:

> i) Fijar la interpretación de un novedoso instrumento jurídico como es el cambio de radicación de procesos judiciales en armonía con la garantía del recurso judicial efectivo, el acceso a la justicia[73](…); ii) proteger la separación de poderes y la independencia judicial en aquellos casos en los que, en ejercicio de la potestad reglamentaria en cabeza del Gobierno Nacional, se ha pretendido trasladar a autoridades judiciales competencias de entidades que pertenecen al poder ejecutivo[74](…); iii) Garantizar la preeminencia sobre el orden jurídico interno y la

[73] Véase Auto del Consejo de Estado en radicado No. 45679 (2012).
[74] Véase Auto del Consejo de Estado en radicado No. 42523 (2015).

> aplicación directa del derecho comunitario que surge – para el caso de Colombia – a partir de la Comunidad Andina de Naciones y de las disposiciones que son creadas por los órganos de ese sistema de integración económica regional[75]; iv) ha condicionado la legalidad de normas de interpretación en materia contractual en el entendido de que en su aplicación no se excluyan los sentidos o interpretaciones fijados por tratados o convenios internacionales sobre cuestiones económicas o de derechos humanos[76](…); v) ha determinado que, en concreto, para la interpretación de ciertas cláusulas de contratos de concesión de televisión, estas deben ser leídas y armonizadas con los preceptos convencionales propios del derecho a la libertad de expresión, recogidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos[77](…); vi) ha concedido medidas cautelares de suspensión provisional de efectos jurídicos de actos administrativos de carácter general[78](…); vii) ha declarado, ejerciendo atribuciones como juez de convencionalidad, que en aquellos casos donde se pretenda la declaratoria de responsabilidad extracontractual del Estado con ocasión de la ocurrencia de actos de lesa humanidad, la acción judicial no está sujeta a restricciones temporales que, por regla general, prescribe la norma procesal apelando, para el efecto, al principio de humanidad, a la integración normativa y al derecho de gentes[79]. (p. 90)

De igual forma, respecto al control de convencionalidad desde su vertiente subjetiva (concreta) es posible traer a colación los siguientes elementos (Santofimio, 2017):

> viii) ha reconocido que, conforme a los desarrollos del artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, podía afirmarse que no existía un modelo único de familia[80](…); ix) Ha conocido asuntos relativos a la responsabilidad del Estado por violación del Estado por violación de Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho de Gentes (…)

[75] Véase Sentencia del Consejo de Estado en radicado No. 43281 (2012).
[76] Véase Sentencia del Consejo de Estado en radicado No. 50219 (2015).
[77] Véase Sentencia del Consejo de Estado en radicado No. 28505 (2014).
[78] Véase Sentencia del Consejo de Estado en radicado No. 53057 (2015).
[79] Véase Sentencia del Consejo de Estado en radicado No. 45092 (2013).
[80] Véase Sentencia del Consejo de Estado en radicado No. 2014 - 02211 (2015).

De esta forma, a continuación se propone un abordaje a las subreglas determinadas a partir del análisis dinámico jurisprudencial a múltiples sentencias del Consejo de Estado. Como órgano de cierre en materia de lo contencioso administrativo establece precedente de obligatoria observancia por parte de los operadores judiciales de menor jerarquía.

El control de convencionalidad, un instrumento al servicio del juez de daños para fundamentar el juicio de responsabilidad en casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario.

Mediante la sentencia emitida por la Sección Tercera del Consejo de Estado en el Expediente 32988 de 2014 con ponencia del magistrado Ramiro Pazos Guerrero. El objetivo giraba en torno a la ejecución extrajudicial y desaparición forzada de cuatro personas oriundas del corregimiento de San Juan de Apartadó, Antioquia, a manos de miembros del Ejército Nacional en el año 1997. En un primer momento la providencia adujo la funcionalidad de las normas internacionales y, consecuentemente, del control de convencionalidad sobre prácticas que puedan constituir un daño antijurídico –lo que representa una innovación en el ordenamiento interno–. Lo anterior, bajo el siguiente argumento:

> (…) normas internacionales relativas a derechos humanos tienen por función, no solo fungir como parámetros de condicionamiento de la constitucionalidad de los ordenamientos internos y de modificación de las modalidades de ejercicio del control de constitucionalidad, sino también, desde un punto de vista del instituto de daños, fundamentar a partir de normas de referencia supranacional el juicio de responsabilidad estatal en casos de falla en el servicio. (p. 82)

Agrega entonces dos elementos para tener en cuenta: primero, la figura del juez de daños como juez convencional. Segundo, el control de convencionalidad como herramienta en favor del juez de daños; establecido por el Consejo de Estado en los siguientes términos (Expediente 32988 de 2014):

> 12.3. Así pues, de lo anterior se puede concluir que el juez de daños como juez de convencionalidad en el ordenamiento interno, tiene la facultad para revisar el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos por parte de las autoridades internas.

> En ese orden, si bien el control de convencionalidad, visto como una técnica de orden estatal, le sirve al juez de daños para ejercer un control objetivo de constatación del cumplimiento de obligaciones internacionales, también le sirve para confrontar la posible abstención de una obligación de hacer, que nace de un estándar funcional de origen internacional, de allí que, en caso de concretarse un daño antijurídico, este le puede ser imputable al Estado. (p. 82)

> Posteriormente señala:
> 12.4. Por lo tanto, el control de convencionalidad proporciona al juez de daños una herramienta que le permite, a partir del prisma de normas supralegislativas en las que se reflejan los comportamientos estatales, identificar las obligaciones vinculantes a cargo del Estado y fundar la responsabilidad de este cuando se produce un daño antijurídico derivado del incumplimiento de dicho estándar funcional. (p. 7)

Lo anterior denota que, adicional a la modalidad de control de convencionalidad con funcionalidad objetiva (o abstracta) frente al estudio de compatibilidad entre ordenamientos jurídicos, se establece por el Consejo de Estado un avance en lo que refiere al control de convencionalidad con funcionalidad subjetiva (o concreta). Específicamente, en la configuración de un daño antijurídico, derivada del hecho en que la imputación de este no solo se realiza en observancia del orden interno; adicionalmente, como dispositivo de amplificador normativo el control de convencionalidad será el instrumento apropiado para ser ejercido respecto de prácticas estatales que merezcan un reproche por resultar antijurídicas a partir de obligaciones convencionalmente establecidas. De esta forma, surge el control de convencionalidad sobre prácticas internas potencializado la materialización, el ejercicio y garantía de los derechos y libertades tutelados por el ordenamiento jurídico convencional.

El control de convencionalidad subjetivo para la determinación de medidas de reparación no pecuniarias derivado del daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente protegidos.

De las grandes innovaciones propuestas por la Ley 1437 de 2011 se encuentran las Sentencias de Unificación emitidas por el Consejo de Estado, como máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo. Estas ostentan como fundamento, entre otros, la materialización del precedente judicial como relativización del Sistema de Fuentes en Colombia, prueba fehaciente de su transformación en el Estado social democrático de derecho. Propende por la efectividad de principios de seguridad jurídica, igualdad ante la ley e igualdad de trato de las personas. En este caso, de acuerdo con su fuerza vinculante en términos del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011, la Sentencia de Unificación creó el daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente protegidos con fecha de providencia del 28 de agosto de 2014. Esto es una clara muestra del control de convencionalidad en dos vertientes: primero, el reconocimiento de una posible vulneración de derechos convencionalmente protegidos; segundo, la reparación integral a través de medidas no pecuniarias para este tipo de daño. Por consiguiente, a continuación se propone desarrollar ambos sentidos del control de convencionalidad.

Daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente protegidos.

De la misma providencia con radicado número 32988, parte de la Sentencia de Unificación del Consejo de Estado (2014), se tiene que el máximo tribunal realiza un análisis desde el punto de vista del ordenamiento jurídico convencional. Fija como subregla la creación de una nueva categoría de daño inmaterial con carácter autónomo bajo la denominación de *afectación a bienes o derechos convencional y constitucionalmente protegidos.* En ese sentido, establece las siguientes características:

> i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales

> y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.
> ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.
> iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.
> iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo con el grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.
> v) Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables al mismo, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso, de tal manera que el Estado ejecute el debitum iuris.
> vi) Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas. (pp. 247-248)

Lo anterior permite inferir que efectivamente el juez en la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo asume –al igual que los demás operadores jurisdiccionales y, en general, los servidores públicos– el rol convencional como principal materializador de las obligaciones internacionales derivadas de instrumentos como la CADH. Adicionalmente denota que aun

cuando desde la Jurisdicción Constitucional se concibe el ámbito convencional adscrito al constitucional por vía de bloque de constitucionalidad, el Consejo de Estado acude al ordenamiento convencional como fuente normativa de aplicación directa. Allí desde sus elementos sustantivos establece algunas prerrogativas susceptibles de reparación a partir de la configuración de este tipo de daño inmaterial.

La reparación integral a través de medidas no pecuniarias para este tipo de daño.

En el desarrollo realizado por el Consejo de Estado en la Sentencia de Unificación sometida a estudio, se deriva que en ejercicio del control de convencionalidad acude a la determinación de medidas no pecuniarias que permita la dignificación de la víctima. En ese sentido, abandona aquella premisa general respecto a la indemnización como único (o preponderante) componente de reparación. Para ello, en el Expediente 32988 de 2014 señala:

- El objetivo de esta indemnización es devolver a la víctima el pleno goce de sus derechos. El propósito de la compensación a las víctimas es: a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y consuetudinarios individual y colectivamente; b) lograr no solo la desaparición de las causas profundas del daño, sino también que la víctima pueda volver a ejercer sus derechos según las posibilidades fácticas y jurídicas, de ser posible en las mismas condiciones en que se encontraba antes del delito. causó daño; c) asegurar que los bienes o derechos constitucionales y consuetudinarios no sean violados o afectados en el futuro; y (d) luchar por la implementación efectiva de la igualdad sustantiva.
- Los daños son dispositivos: si bien pueden tomarse medidas para remediar este tipo de daños a petición de parte, también operan de oficio hasta que se pruebe su existencia.
- Legalización de las víctimas de daño: se considera víctima inmediata de daño a su pariente cercano, es decir, cónyuge o compañero de vida permanente y pariente hasta el primer grado de consanguinidad, incluido el parentesco biológico. Es la relación civil que resulta de la adopción y aquellos que están llamados a acoger en respuesta a las relaciones de solidaridad y afecto entre ellos.

- Es una pérdida que se repara principalmente por medios no financieros: la prioridad son las reparaciones no compensatorias. En casos excepcionales, si a juicio del juez la indemnización integral no resulta suficiente, adecuada, oportuna o posible, la indemnización podrá otorgarse única y exclusivamente a la víctima inmediata determinando un monto económico de hasta 100 SMLMV. En su caso, siempre que no se reconozca una indemnización por deterioro de la salud. Este monto deberá ser justificado por el juez y proporcional a la intensidad del daño y/o a la naturaleza del bien o derecho afectado.

Como prueba que la creación de esta categoría autónoma del daño es una materialización del control judicial de convencionalidad, respecto a ello el Consejo de Estado en esta providencia menciona:

> 15.6.2. Conforme a lo dispuesto en los artículos 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y 16 de la Ley 446 de 1998, se procederá a aplicar los criterios de unificación adoptados en esta sentencia cuando se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes constitucional y convencionalmente amparados, en atención a que el juez administrativo, en aplicación directa del control de convencionalidad, deberá lograr el resarcimiento pleno del perjuicio y, principalmente, la restitutio in integrum de los derechos fundamentales conculcados. (p. 253)

En este caso, marcado por ejecuciones extrajudiciales y desaparición forzada, dos conductas abiertamente contrarias a los derechos, libertades y garantías previstas en distintos instrumentos internacionales. Entre ellos la CADH, determinó como medidas de reparación no pecuniarias derivadas de la afectación a bienes o derechos convencional y constitucionalmente protegidos, las siguientes – entre otras – como garantías de no repetición:

> 15.6.5. (…) con el fin de garantizar los derechos humanos a las garantías judiciales y el recurso judicial efectivo, cuya consecuencia lógica es cumplir con la obligación de investigar sería, eficaz, rápida, completa e imparcialmente, enviar copias auténticas de la totalidad del expediente en el que conste el presente trámite contencioso administrativo con destino a la Fiscalía General de la Nación para que estudie la posibilidad de avocar la competencia sobre los hechos de que trata esta sentencia. (…) 15.6.7. Por otra parte, se remitirá copia del expediente a la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas para que se accionen los mecanismos de su competencia. (p. 256)[…]

De igual manera, de conformidad con la Ley 1448 297 de 2011, que preveía tratamiento, asistencia y medidas de reparación integral a las víctimas de conflictos armados internos; a su vez, considerando que en el presente caso se violaron obligaciones normales de protección de derechos humanos; copia de esta decisión se envía al director del Centro Nacional de Memoria Histórica y al Archivo General del Pueblo para que forme parte de su archivo y contribuya a la construcción documental del país, que tiene como objetivo preservar la memoria de la violencia provocada por el conflicto armado interno de Colombia. Como medidas de satisfacción, igualmente ordenó –entre otras–:

> 15.6.14. Por último, el Comandante General del Ejército Nacional citará y costeará el traslado de las familias Zapata Montoya y Valle Ramírez, si las víctimas están de acuerdo, a la ciudad de Medellín, y en el seno de la plenaria de la Asamblea Departamental de Antioquia, pedirá una disculpa pública. (p. 258)

Finalmente, es posible inferir que el Consejo de Estado efectúa un control de convencionalidad de carácter concreto y subjetivo, respecto de eventuales prácticas del Estado contrarias al ordenamiento convencional (dentro del bloque de convencionalidad y reconociendo la armonización). Lo anterior es materializado en la creación de un daño inmaterial autónomo por la afectación a derechos o bienes convencionalmente protegidos; también las medidas de reparación de carácter no pecuniario que propende por la dignificación de las víctimas, así como alcanzar el fin de toda reparación: *restituir el estado de cosas como si el hecho dañoso nunca se hubiere producido.*

El control de legalidad ampliado sobre actos administrativos teniendo como presupuesto el ordenamiento jurídico convencional.

El respectivo análisis sobre la sentencia emitida por el Consejo de Estado en su Sala Plena, respecto al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, tuvo por accionante al señor Gustavo Francisco Petro Urrego y demandado a la nación – Procuraduría General de la Nación, por los actos administrativos proferidos el 9 de diciembre del 2013 y 13 de enero del 2014 por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación. Desde la perspectiva del demandante propone como tesis que posee yerros

que incidieron en que efectivamente el Máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo y determina decretar la nulidad de los actos administrativos sometidos a estudio; así como el respectivo restablecimiento de derecho, verificables en los numerales uno y dos de la parte resolutiva de la providencia.

No obstante, para efectos de la presente investigación se toma como referencia esta providencia porque fija una subregla –no siendo la única– relacionada con el ejercicio del control de convencionalidad como dispositivo amplificador del control de legalidad sobre actos administrativos. Es soportado en que la expedición del acto trasciende la esfera de lo legal para involucrar aspectos propios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, señalando:

> Ciertamente, en casos como el presente, el juez de lo contencioso administrativo se enfrenta a situaciones que demandan mayor rigor en su función de control de legalidad, cuando la expedición de actos administrativos trasciende la esfera legal e involucra la afectación de derechos humanos, como el derecho político, constitucional y convencionalmente protegido. En ese sentido, la función del juez de lo contencioso administrativo es restablecer y reparar las vulneraciones de derechos, máxime, en una democracia vigorosa en la que es necesario su intervención para garantizar el equilibrio y respeto por los derechos ciudadanos, entre ellos, el derecho a ser elegido, y la libertad para elegir. (p. 46)

Lo anterior surge como resultado del control de convencionalidad ejercido entre el artículo 44.1 de la Ley 734 de 2002 frente al artículo 23 de la CADH frente a la condición de reserva judicial (inicialmente en el ámbito penal) para inhabilitar a servidores públicos elegidos popularmente. Desde su percepción, el Consejo de Estado encuentra a la Procuraduría carente de competencias desde la visión *positiva y negativa* de los derechos políticos previstos en tal prerrogativa. Para ello, frente a las subreglas de la Corte Constitucional resulta importante traer a colación la Sentencia C-028 de 2006 que ya había efectuado el estudio de tal precepto y había concluido en declarar su exequibilidad, haciendo tránsito a cosa juzgada constitucional en virtud del artículo 243 superior.

Es de fácil observancia la antagónica, conceptual y jurídica frente a la convencionalidad del artículo 23 de la CADH por parte del Consejo de Estado frente a la Corte Constitucional; procedimiento adelantado en el presente caso para la emisión de los actos administrativos sometidos a control. Haciendo el respetivo análisis el Tribunal encuentra que no existió *acto de corrupción* objetivamente probado que permitiera soportar la carga, en este caso, que dé destitución e inhabilidad general de un servidor público por elección popular. Incluso señala que el proceso penal fue archivado por la Fiscalía General de la Nación bajo el fundamento de falta de tipicidad objetiva. Para una mejor comprensión, se enuncia a continuación lo que se considera como principal fundamento de constitucionalidad de la Corte Constitucional frente al artículo 44 y la determinación del Consejo de Estado que encuentra inconvencional –en esta situación– las disposiciones de tal norma:

La decisión que realiza el Consejo de Estado no solo cumple con la ausencia de inconstitucionalidad automática, sino que exige acudir a la metodología de armonización con la Constitución. En términos del máximo tribunal constitucional "la confrontación de una ley con un tratado internacional no puede dar lugar a una declaratoria automática de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya que es necesario, a su vez, interpretarla sistemáticamente con el texto de la Constitución" (Corte Constitucional, 2006). *A contrario sensu*, el Tribunal Administrativo encuentra la inconvencionalidad en dos principales argumentos:

- La Procuraduría General de la Nación contravino la disposición convencional prevista en el artículo 23 de la CADH y, con ello, los principios de buena fe objetiva y *pacta sunt servanda derivados* de la Convención de Viena (1969), afirmando categóricamente la reserva judicial –incluso de materia penal– para la viabilidad de inhabilidad. Asimismo, adicionado a que en el presente caso no se configuró objetivamente conducta punible relacionada con actos de corrupción[81], sin que signifique una contradicción con la pérdida de investidura de competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo. Esto se adecúa perfectamente a la aclaración realizada por el Juez Diego García-Sayán en su voto razonado[82] para la sentencia del caso López Mendoza vs. Venezuela (2012).

[81] De acuerdo con lo previsto en la Ley 412 de 1997.

[82] Manifestará en aquella ocasión: 16. A partir de los medios de interpretación referidos en los párrafos anteriores se puede concluir que el término 'exclusivamente' contenido en el artículo 23.2 de la Convención no remite a una lista taxativa de posibles causales

Tabla 1. Disposiciones de la norma

Sentencia C-028 de 2006	Sentencia 2014-360 de 2017
En el caso concreto, el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tal y como se ha explicado, no se opone realmente a que los legisladores internos establezcan sanciones disciplinarias que impliquen la suspensión temporal o definitiva del derecho de acceso a cargos públicos, con miras a combatir el fenómeno de la corrupción. En igual sentido, la Constitución de 1991, tal y como lo ha considerado la Corte en diversos pronunciamientos, tampoco se opone a la existencia de dichas sanciones disciplinarias, incluso de carácter permanente, pero bajo el entendido de que dicha sanción de inhabilidad se aplique exclusivamente cuando la falta consista en la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado.	(…) la Sentencia C-028 del 2006 de la Corte Constitucional constituyó cosa juzgada constitucional de manera parcial, al considerar el avenimiento de las funciones de la Procuraduría General de la Nación al orden constitucional cuando se trata de sancionar y limitar el ejercicio de derechos políticos de funcionarios elegidos popularmente, cuyas conductas se han enmarcado en actos de corrupción, sin que se hayan abordado los eventos en los que las sanciones de destitución e inhabilidad a esos mismos servidores públicos devienen de casos en que, contrario sensu, no se enmarcan en supuestos de hecho relacionados directamente con actos de corrupción […]es perfectamente posible para la Sala entrar a analizar el cargo de falta de competencia de la Procuraduría General respecto de la sanción aplicada al exalcalde de Gustavo Petro, frente a la disposición del artículo 23.2 convencional, es decir, de efectuar el control de convencionalidad de las normas legales del orden interno […]

Fuente: elaboración propia a partir de la Sentencia C-028 de 2006 y Sentencia 2014-360 de 2017.

- Por la doble connotación de afectación a los derechos políticos derivados del artículo 23 convencional, en razón a que no serán vulnerados en contra del sancionado "sino también hacer nugatorios los derechos políticos de sus electores que, como constituyente primario" (p. 41). Posteriormente, elabora un desarrollo histórico-jurídico de tales prerrogativas en Colombia.

para la restricción o reglamentación de los derechos políticos. Asimismo que el concepto 'condena, por juez competente, en proceso penal' no necesariamente supone que ese sea el único tipo de proceso que puede ser utilizado para imponer una restricción. Otros espacios judiciales (como la autoridad judicial electoral, por ejemplo) pueden tener, así, legitimidad para actuar. Lo que es claro y fundamental es que cualquiera que sea el camino utilizado debe llevarse a cabo con pleno respeto de las garantías establecidas en la Convención y, además, ser proporcionales y previsibles.

Finalmente, a modo de conclusión a la subregla del control de convencionalidad, como dispositivo amplificador del control de legalidad de actos administrativos el Consejo de Estado exhorta al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación en los siguientes términos:

> El papel del juez en este caso no puede ser el de dejar hacer y dejar pasar, por ello, si bien solamente es posible predicar de los efectos de esta providencia aquellos inter partes, las consideraciones aquí plasmadas aunadas a las recomendaciones que sobre este caso hiciera la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado Colombiano, concretamente, en sus numerales 3 a 7, que se refieren a aspectos de política pública y a ajustes del régimen jurídico nacional, y para dar aplicación a las reglas y procedimientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es necesario exhortar al Gobierno Nacional, al Congreso de la República y a la Procuraduría General de la Nación, para que en un término razonable, de dos (2) años, procedan a responder ante dicho Sistema, a evaluar y a adoptar las medidas que fueren pertinentes, en orden a armonizar el derecho interno con el convencional y a poner en plena vigencia los preceptos normativos contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (…). (p. 100)

Bien lo afirmaron Brewer y Santofimio (2013) respecto al control de legalidad sobre actos administrativos, al señalar:

> Los controles dentro del moderno Estado de Derecho no pueden limitarse a los tradicionales juicios de legalidad o de formal comparación normativa. El carácter sustancial de esta base edificadora del Estado conduce a que los controles que puedan surgir en las complejas intimidades de su estructura normativa no se agoten en simple esfuerzos sin sentido, superficiales, formales, alejados de los principios y de los valores en que se fundan las instituciones. (p. 139)

De forma concordante, respecto a lo que Santofimio (2017) denomina *un bloque de legalidad ampliado* se menciona:

> (…) Puede afirmarse la existencia de un principio de legalidad ampliado sujeto no solo a las bases constitucionales, sino integrado y armonizado a los estándares que las normas convencionales de protección de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho de gentes hacen imperar, en diferentes ámbitos: (I) en el

> ejercicio del derecho de petición y el desarrollo de un procedimiento administrativo declarativo, configurador o sancionador; (2) en el despliegue de procedimientos y actividades administrativas restrictivas, v.gr., los procedimientos administrativos y policivos de detención de personas, de incautación o retención de bienes, de limitación al ejercicio de actividades, etc., y (3) en la adopción de decisiones administrativas de todo tipo. (p. 96)

Con lo anterior se vislumbra adicionalmente la concreción y materialización de una obligación con intensidad alta del control de convencionalidad desarrollada en el presente trabajo, en la medida que prueba el carácter difuso del control en lo que refiere incluso al control de legalidad (ampliado) efectuado por el juez administrativo. No obstante, desde los resultados arrojados también es posible observar que dicha intensidad puede verse mermada entre tanto el Máximo Tribunal Constitucional, y principal llamada a su ejercicio, no efectúe medidas frente a modificar y derogar las normas infraconstitucionales que resulten inconvencionales (por vía de bloque) sin perjuicio el test de armonización que exija adelantar.

El juez administrativo es juez convencional e interamericano.

Una de las tesis más importantes a defender en este trabajo de investigación se constituye bajo la postura de que a partir del discurso establecido por la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006), en relación con reconocer que los jueces nacionales están sometidos al imperio de la ley. Sin embargo, establece que en la medida de ratificación y aprobación de un tratado, como la CADH, por un Estado genera la obligación por parte de este en dar plena observancia a sus disposiciones, así como a la interpretación que de ella realiza la Corte IDH como intérprete natural. De esta forma, bajo nuestro criterio se genera inicialmente una categoría sobre los jueces internos en el esquema convencional e interamericano. El Consejo de Estado en múltiples providencias ha realizado tal reconocimiento haciendo énfasis en la aplicación directa derivada del ordenamiento jurídico convencional, para lo cual se propone esbozar algunos apartes que puedan servir de referencia para su concepción.

Los supuestos fácticos del Expediente 32988 de 2014, con ponencia del magistrado Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, se fundamentan en

la desaparición forzada y ejecución extrajudicial de cuatro personas en un corregimiento del municipio de Apartadó, a manos del Ejército Nacional. Además de hacer énfasis en la creación de la categoría de daño inmaterial por afectación a bienes o derechos convencional y constitucionalmente protegidos, en dicha providencia igualmente el máximo tribunal aduce el carácter de juez de DDHH por el juez de lo contencioso-administrativo, declarando:

> 12.8. De esta manera, a pesar de que existen diferencias entre el sistema de responsabilidad internacional del Estado en derechos humanos y el sistema de responsabilidad contencioso administrativo interno, hay intersecciones axiológicas comunes, ya que la jurisdicción contencioso-administrativa se erige, ante todo, en *juez de derechos humanos* [énfasis agregado] para proteger a todas las personas frente a los daños antijurídicos que sean imputables al Estado. (Expediente 32988 de 2014, p. 84)

Por su parte, el objeto del Expediente 40060 con ponencia del consejero Enrique Gil Botero, radica en la solicitud de declaratoria de responsabilidad del Estado (Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional) por la desaparición forzada de ocho personas que se desplazaban en vehículo particular del Municipio de Puerto Berrío al de San Roque. Fueron hechos ocurridos el 14 de agosto de 1996, encontrando incidencia de un tercero armado en Colombia como es el paramilitarismo. Como consecuencia, el Consejo de Estado establece en esta Sentencia dos elementos de especial relevancia: primero, la posición de garante del Estado como materialización del control de convencionalidad (el cual será desarrollado en el próximo acápite). Segundo, el que refiere al juez administrativo como juez interamericano, denotando incluso un claro ejercicio de control de convencionalidad en los siguientes términos:

> En ese orden, comoquiera que la jurisdicción interna, en ejercicio de la administración de justicia, está llamada a actuar como *juez interamericano* [énfasis agregado] a nivel nacional en los casos de graves violaciones a derechos humanos, esta Sala ejercerá un control de convencionalidad a la conducta omisiva del Estado en el presente caso y determinará si este quebrantó normas internacionales de derechos humanos. En ese orden, se advierte que la omisión del Estado colombiano configuró un desconocimiento de la posición de garante frente a los derechos de las víctimas de la desaparición forzada, pues se

> encontraba en el rol de reforzar la protección de los afectados, la cual no llevó a cabo, lo que significó la violación de los contenidos obligacionales del artículo 1.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; así como también de lo dispuesto en artículo 1 de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, reiterando con ello un reproche a este actuar negativo y permitiendo así una imputación del daño antijurídico. (p. 59)

Al respecto, el máximo tribunal agrega:

> Así las cosas, al llevar a cabo un *control de convencionalidad* [énfasis agregado] sobre la conducta del Estado, reflejada en una omisión a su deber de protección y vigilancia, se concluye, por un lado, un quebrantamiento normativo internacional; y por el otro, un desconocimiento a un precedente internacional, amen, de la violación palmaria del orden jurídico interno. Y es que el juez, al juzgar este tipo de conflictos debe, por imperativo internacional, ejercer este *control* [énfasis agregado], no solo en virtud del mandato de la Convención Interamericana, sino además, por constituir aquella, fuente de derecho a nivel nacional, en razón del artículo 230 de la Constitución Política, lo que es posible, gracias a la articulación del sistema interamericano al ordenamiento jurídico, a través artículo 93 de la misma Carta, permitiéndose con ello, una declaratoria de la responsabilidad extracontractual por los daños antijurídicos padecidos por los demandantes. (p. 60)

El Expediente 34349 de 2016, con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón, es uno de los principales antecedentes por girar en torno la ejecución extrajudicial del periodista Jaime Hernando Garzón Forero. Fueron hechos ocurridos el 13 de agosto de 2009, producidos en medio de un ataque generalizado y sistemático propiciado y/o auspiciado desde la institucionalidad estatal. Como principales elementos se tiene: primero, la imprescriptibilidad de delitos de lesa humanidad; segundo, la declaratoria de responsabilidad agravada del Estado acudiendo al ordenamiento jurídico convencional interamericano; tercero, configurar la afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente protegidos y; cuarto, denotar la relevancia del juez administrativo como juez interamericano, en los siguientes términos –citando la Sentencia correspondiente al Expediente 50231 de 2016:

> El juez de lo contencioso administrativo es, a su vez, *juez de convencionalidad* [énfasis agregado] en el ordenamiento interno, es decir un juez que integra la normatividad interna con los estándares y reglas de protección del SIDH y que, por lo mismo, tiene como deber no solo verificar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de respeto y garantía de los derechos humanos por parte de las autoridades públicas internas, sino, también, fundamentar, a partir de esa clase de normas supraconstitucionales, el juicio de responsabilidad estatal, cuando se produzca un daño antijurídico derivado de la vulneración grave y sistemática de derechos humanos. (p. 45)

En línea con el anterior razonamiento viene a ser claro que en un determinado caso, en el cual se acrediten violaciones graves a derechos humanos que impliquen la infracción flagrante y sistemática de normas ius cogens (delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra), *los jueces colombianos pueden y deben, por una parte, llevar a cabo un análisis de convencionalidad* sobre la conducta del Estado. De esto se podría concluir, por un lado, un quebrantamiento normativo internacional; por otro lado, tienen la posibilidad de declarar en esos eventos –al igual que lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, la configuración de la responsabilidad internacional agravada.

Lo anterior denota el papel protagónico que desempeña el juez en el ámbito interno como materializador de derechos humanos en el ordenamiento interno desde el punto de vista sustantivo y adjetivo. Como bien lo ha afirmado Santofimio (2017):

> (…) no son meros ejecutores formales de las normas legales, sino que, en consideración al rol funcional que desempeñan dentro del Estado Social de Derecho, es su obligación, antes que nada, ser garantes de la corrección constitucional y convencional en la interpretación y aplicación de las normas legales, al igual que ejercer, ex-oficio, el control de convencionalidad que se les impone en razón a la fuerza vinculante de los tratados de Derechos Humanos y su doctrina. (p. 277)

El Estado y su posición de garante frente a la afectación de derechos derivados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como resultado del ejercicio de control de convencionalidad.

Del caso reseñado con anterioridad, respecto a la desaparición forzada de ocho personas a manos de grupos paramilitares se establece para ello una importante subregla sobre la posición de garante que ostenta el Estado por obligaciones de carácter convencional que así se lo exigen. Para esta ocasión se señala lo siguiente:

> En ese orden, se advierte que la omisión del Estado colombiano configuró un desconocimiento de la *posición de garante* [énfasis agregado] frente a los derechos de las víctimas de la desaparición forzada, pues se encontraba en el rol de reforzar la protección de los afectados, la cual no llevó a cabo, lo que significó la violación de los contenidos obligacionales del artículo 1.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; así como también de lo dispuesto en artículo 1 de la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, reiterando con ello un reproche a este actuar negativo y permitiendo así una imputación del daño antijurídico. (Santofimio, 2017, p. 59)

Frente a esa posición de garante que asume el Estado dentro de su connotación social de derechos, en líneas posteriores agrega:

> Por tal motivo, los daños antijurídicos irrogados por esos grupos ilegales son imputables al Estado no solo por la vía de la comisión por omisión (posición de garante), sino, de igual forma, en virtud de un riesgo que la misma organización estatal promovió, comoquiera que en un Estado que se dice Social de Derecho el manejo de las armas y de la defensa de la soberanía solo está a cargo de las Fuerza Pública; fue precisamente esa comportamiento permisivo de la administración pública lo que permitió que se cometieran y perpetuaran actos execrables que atentaron contra los bienes e intereses jurídicos más esenciales de la población, en una punible y reprochable connivencia entre las autoridades públicas y los grupos armados ilegales. (p. 69)

En relación con la posición de garante del Estado y el *principio de control de convencionalidad*, este apartado concluye que parten del "reconocimiento

del principio de universalidad de la protección, garantía y eficacia de los derechos humanos, lo que significa que los Estados no pueden permitir o fomentar la vulneración o trasgresión de las garantías mínimas del ser humano" (p. 75). Entonces, denota el carácter convencional del juez administrativo en la configuración del daño antijurídico, teniendo presente las obligaciones adquiridas por el Estado en virtud de la ratificación y aprobación de instrumentos internacionales.

El interés superior del menor como principio materializado mediante el control de convencionalidad

Una de las providencias sobre las cuales se construye esta subregla se deriva de la Sentencia de Unificación emitida por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2014, con número de Expediente 32912 y ponencia del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Como principales elementos se tiene la muerte de un menor infractor de nombre Iván Ramiro Londoño Gutiérrez, quien se encontraba internado en el centro de reeducación "Marcelino Ossa" de la ciudad de Pereira y fallece ahogado luego de haberse escapado del centro de reclusión. Como uno de los principales hechos probados, existió irregularidad en el procedimiento de búsqueda de los menores fugados. Asimismo, se trae a colación el control de convencionalidad bajo el presupuesto del principio de interés superior del menor derivado de múltiples instrumentos internacionales. Para ello se establece:

> Así las cosas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el acápite destinado a los derechos civiles y políticos consagra que "cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento". Así mismo, en el artículo 19 consagró que "todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". (Expediente 32912 de 2014, p. 58)

En el mismo sentido y avocando el corpus iuris interamericano, como material de referencia o controlante para el ejercicio del control de convencionalidad, cita otros instrumentos de carácter internacional tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos proferido en el seno de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)[83] y la Convención del

[83] Adoptada en Colombia mediante la Ley 74 de 1968.
[84] Adoptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991.

Niño[84]. Adicionalmente, y reconociendo el valor jurídico de la jurisprudencia de la Corte IDH, trae a colación múltiples sentencias del Tribunal Interamericano que tiene por objeto la protección de menores, entre ellas: el caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (1999)[85]; el caso del Instituto de reeducación del menor vs. Paraguay (2004)[86] y el caso Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador (2005)[87].

Finalmente, teniendo como presupuesto el caso concreto y el control de convencionalidad como metodología de compatibilidad, al respecto el máximo tribunal aduce:

> Entonces, el control de convencionalidad conlleva una interacción entre el ordenamiento jurídico interno y el derecho convencional de manera que se cumpla con las cláusulas 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Así, la actividad del juez debe verificar el cumplimiento de los más altos compromisos internacionales para la protección de los derechos humanos, que como se ha dicho, en tratándose de menores de edad obtienen una especial y prevalente protección, tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional, lo que a su vez conlleva la materialización de la máxima según la cual "lo relevante es el administrado y no la actividad del Estado, ya que prima la tutela de la dignidad humana, el respeto de los derechos convencionalmente reconocidos, y de los derechos humanos". (p. 57)

Responsabilidad agravada del Estado por graves violaciones de derechos humanos.

El abordaje realizado respecto a la sentencia emitida para el caso Jaime Garzón Forero, definida por el Consejo de Estado como una ejecución

[85] Abordó la violación de los derechos humanos de niños en situación de calle en Guatemala, quienes enfrentaron condiciones precarias y abuso policial, careciendo de la debida protección estatal. La Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que Guatemala violó derechos fundamentales como la vida, integridad personal y libertad de estos menores, instando al Estado a implementar medidas para asegurar su bienestar y protección. Involucra violaciones a los derechos humanos de menores de edad internados en un instituto de reeducación en Paraguay. La Corte IDH determinó que el Estado paraguayo incumplió sus obligaciones al no garantizar condiciones adecuadas y respetar los derechos fundamentales de los menores, incluyendo el derecho a la integridad personal y a un trato humano.

[86] Involucra violaciones a los derechos humanos de menores de edad internados en un instituto de reeducación en Paraguay. La Corte IDH determinó que el Estado paraguayo incumplió sus obligaciones al no garantizar condiciones adecuadas y respetar los derechos fundamentales de los menores, incluyendo el derecho a la integridad personal y a un trato humano.

[87] Trata sobre la desaparición forzada de tres hermanas en El Salvador durante el conflicto armado. La Corte Interamericana determinó que el Estado salvadoreño violó derechos humanos al no investigar adecuadamente, permitiendo impunidad.

extrajudicial y, por tanto, susceptible de ser entendida como delito de lesa humanidad; entiende que al adquirir tal categoría se genera una *responsabilidad agravada del Estado.* Con aplicación directa frente al *caso sub judice,* respecto al Expediente 40060 la sentencia emitida cita y aborda el literal b) del numeral 4.2.2.4:

> (…) la Sala que integra esta Subsección del Consejo de Estado precisó que, en aquellos casos sometidos al conocimiento del juez contencioso administrativo, en los cuales se encuentren configuradas violaciones graves o sistemáticas a derechos humanos o al derecho internacional humanitario, específicamente, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, resulta procedente –y en los términos de la Convención Americana, obligada– la declaratoria de la "responsabilidad agravada del estado colombiano", habida consideración de la naturaleza de las normas imperativas de ius cogens que resulten vulneradas, amén de que la Corte IDH ha realizado un desarrollo jurisprudencial en tal sentido que resulta vinculante para los jueces colombianos.
>
> Adicionalmente, menciona:
> En línea con el anterior razonamiento, viene a ser claro que en un determinado caso, en el cual se acrediten violaciones graves a derechos humanos que impliquen la infracción flagrante y sistemática de normas ius cogens, (delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra), los jueces colombianos pueden y deben, por una parte, llevar a cabo un análisis de convencionalidad sobre la conducta del Estado, de lo cual se podría concluir por un lado, un quebrantamiento normativo internacional, y por otro lado, tienen la posibilidad de declarar en esos eventos –al igual que lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos–, la configuración de la responsabilidad internacional agravada. (p. 45)

Flexibilización probatoria en casos de violaciones graves a derechos humanos.

La sentencia emitida por el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo respecto de la ejecución extrajudicial en contra del señor Jaime Hernando Garzón Forero, y con ello la configuración de un delito de lesa humanidad; en palabras del Consejo de Estado no solo permite configurar una *responsabilidad agravada del Estado*; adicionalmente exige una *flexibilización*

de las reglas probatorias, específicamente en este caso: la prueba trasladada. Frente a ello se señala:

> (…) la Sala advierte que se está frente a un caso de violación grave de derechos humanos y que, por ello, la valoración probatoria debe ser más flexible dadas las circunstancias de indefensión en que se encuentran las víctimas en este tipo de eventos y la renuencia que ha exhibido en este asunto la parte demandada para permitir la acreditación los hechos, razones por las cuales la Sala, en acatamiento a los principios de justicia material y de acceso a la Administración de Justicia, dará valor probatorio a la totalidad de los elementos de convicción que obran en dicho encuadernamiento, lo que hace con estricto apego a lo precisado por la jurisprudencia del Consejo de Estado. (p. 11)

Lo anterior hace especial referencia a las pruebas adelantadas ante la Jurisdicción Ordinaria –ámbito Penal– que no fueron solicitadas bajo las disposiciones del artículo 185 del Código de Procedimiento Civil. Por consiguiente, en principio se alega que no eran susceptibles de ser tomadas en cuenta como elementos de juicio en este proceso; no obstante, se hace un llamado al juez de la república para que efectúe tal labor en el caso concreto.

Por todo lo anterior, y desarrolladas las principales subreglas establecidas por el Consejo de Estado como máximo órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo en ejercicio, sobre todo la aplicación del denominado control de convencionalidad; es posible afirmar que su concepción frente al instrumento es la facultad-deber por parte de los jueces administrativos en múltiples campos de competencia de lo Contencioso-Administrativo. Además, reconociendo su categoría convencional e interamericana que fortalece las exigencias frente a lo que de ellos se espera en el Estado social de derecho: abandonar por completo la figura del mero aplicador de formas procesales para asumir el papel protagónico como sujeto materializador de los DDHH en Colombia.

En ese orden de ideas, este capítulo puede concluir con una comparación respecto al rol que es asumido por una parte, en el caso de la Corte Constitucional, y por la otra: el Consejo de Estado. Dentro de su precedente estos han desarrollado una posición clara con respecto al uso del control de convencionalidad. Por su parte, como salvaguarda de la Constitución la Corte Constitucional reconoce en primer lugar la categoría como fuente de la CADH; no obstante, esta se debe principalmente a su integración dentro

del bloque de constitucionalidad. Mientras que para el caso de la jurisprudencia, emanada de la Corte IDH, ha sido claro para este tribunal la atribución como fuente auxiliar para la toma de decesiones. Con esto queda claro su posición en cuanto a dicho control de convencionalidad, que sí se asimila por los temas vistos con el control de constitucionalidad. Su aplicación se desarrolla pero, de lo contrario, no hay dentro de este máximo tribunal constitucional posibilidad de hacer de forma exclusiva sin su correlación con la constitución de este tipo de control.

Por su parte, como se mencionó en la descripción de las subreglas aplicables, el Consejo de Estado ha tomado una postura en favor de ejercer el control de convencionalidad desde sentencias del 2008, para pasar por un periodo en el que al momento de establecer las medidas de reparación integral se esfuerza por asumir los criterios que en esta materia son esbozados por la jurisprudencia de la Corte IDH. Conforme se ha señalado a lo largo de este capítulo, incluso llega al punto de establecer la propia responsabilidad administrativa del Estado con base en lo estipulado por la CADH y la correspondiente jurisprudencia de la Corte IDH. De este modo en próximo capitulo se hará uso de un análisis sobre la percepción dentro de la judicatura del departamento de norte de Santander, específicamente con respecto a Cúcuta, de cara a establecer la percepción que se tiene sobre este control de convencionalidad, como también del precedente que ha desarrollado el Consejo de Estado.

Capítulo III
El juez administrativo frente a la aplicación del control de convencionalidad en los procesos iniciados por el medio de control de reparación directa

Jaime Cubides Cárdenas

Sergio Hernando Castillo Galvis

Antonio Fajardo Rico

Diana Ortiz-Torres

Control de convencionalidad desde la concepción de Sergio García Ramírez[88] – exjuez interamericano de la Corte IDH

Para determinar la concepción del control de convencionalidad desde una autoridad en el tema, como Sergio García Ramírez, fueron propuestas las categorías de investigación señaladas previamente en el presente documento, a desarrollar a continuación:

Momento histórico-jurídico que incidieron en la concepción y evolución del control de convencionalidad.

En este punto es valioso señalar que el jurista mexicano previamente había mencionado una figura con un objeto similar, pero con una denominación diferente: *control de internacionalidad* (García, 2016). En una entrevista realizada adujo no ser la más adecuada, con ello, acudiendo a la vertiente del control de convencionalidad en los siguientes términos:

[88] Efectuado en el mes de diciembre del 2016 en las instalaciones de la Universidad Antonio Nariño, sede Federman.

> Y lo que pasó por mi mente fue un hecho muy sencillo, la Corte Interamericana siempre preocupado de controlar los actos (convencionales) a la luz de los convenios internacionales, sirviendo como parámetro para controlar la convencionalidad [énfasis agregado] de los actos de una autoridad interna, particularmente los actos normativos, las normas y por eso utilicé la expresión "control de convencionalidad". (S. García, comunicación personal, 2 diciembre de 2016)

Parámetros de ejercicio del control de convencionalidad.

En este punto es valioso señalar que el jurista mexicano previamente había mencionado una figura con un objeto similar, pero con una denominación diferente: *control de internacionalidad* (García, 2016). En una entrevista realizada adujo no ser la más adecuada, con ello, acudiendo a la vertiente del control de convencionalidad en los siguientes términos

> Y lo que pasó por mi mente fue un hecho muy sencillo, la Corte Interamericana siempre preocupado de controlar los actos (convencionales) a la luz de los convenios internacionales, sirviendo como parámetro para controlar la convencionalidad [énfasis agregado] de los actos de una autoridad interna, particularmente los actos normativos, las normas y por eso utilicé la expresión "control de convencionalidad". (S. García, comunicación personal, 2 diciembre de 2016)

Parámetros de ejercicio del control de convencionalidad.

Ligado al primer objetivo específico, sobre los elementos sustantivos y adjetivos del control de convencionalidad; a efectos de establecer el parámetro para su ejercicio se propuso para ello una figura bajo la denominación de *bloque de convencionalidad,* objeto de cuestión en la entrevista realizada al exjuez. Para ello, igualmente se tiene la siguiente información por fuente primaria. Como factores específicos para su determinación, Sergio García Ramírez señala:

- Tratados internacionales sobre derechos humanos, particularmente dentro de esa exclusividad a la CADH.
- Reconocer la competencia de la Corte IDH.
- La CADH, hacia las otras convenciones y hacia lo que la Corte Interamericana ha resuelto.

Sobre las recomendaciones e informes de la Comisión IDH son criterios para llevar a cabo el control de convencionalidad; aduce el respetado

jurista mexicano, con entonación categórica, que no considera posible que la interpretación realizada por la Comisión IDH sea material controlante o parámetro de convencionalidad para el ejercicio del control. Al respecto enuncia: "los actos que emite la Comisión Interamericana no son sentencias, no son normas de alcance general, no tienen una eficacia normativa, ni genérica, ni específica" (S. García, comunicación personal, 2 diciembre de 2016).

Ahora bien, al respecto del control de convencionalidad en México como referente para su ejercicio, aun cuando las disposiciones a nivel constitucional fueron modificadas en México a partir de la emisión de las sentencias correspondientes a los casos Radilla Pacheco (2009)[89] y Cabrera García y Montiel Flores (2010); se constituyó como Estado referente desde el punto de vista doctrinal en relación con la adopción del instrumento en su ordenamiento. No obstante, para alguien que conoce dicho ordenamiento como Sergio García Ramírez representa un avance frente a sí mismo, en los siguientes términos:

> Y en México actualmente, merced a esa decisión de la Suprema Corte de Justicia, todos los jueces, todos los jueces, se entienden facultados, con atribuciones, para ejercer el control de convencionalidad; es decir para establecer (al abusar de mi entender) el alcance de las normas de las convenciones de derechos humanos y valorar conforme a ese alcance las normas internas o los actos internos de autoridad, esto es muy complejo porque los jueces son muy numerosos, de muy diversas especialidades y porque no existe hasta este momento, algo que yo desearía que existiera, una disposición del poder legislativo en los casos correspondiente, que le concediera a todos los jueces, a todos los jueces la facultad de ejercer el control de convencionalidad. (S. García, comunicación personal, 2 diciembre de 2016)

Posteriormente, en lo que puede considerarse como una categoría emergente, señala la ausencia de reglamentación legislativa que permita su correcto ejercicio por los jueces mexicanos. Al respecto aduce que "la base para que los jueces operen es una jurisprudencia, de la suprema corte de justicia, situación que me parece respetable e interesante pero no suficiente" (S. García, comunicación personal, 2 diciembre de 2016).

[89] Abordó la situación de vulnerabilidad y violencia sufrida por niños en situación de calle en Guatemala. La Corte determinó que el Estado guatemalteco había incumplido sus obligaciones bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos al no prevenir ni abordar adecuadamente la violencia y discriminación contra estos niños.

Categoría emergente: control de constitucionalidad/ control de convencionalidad.

Uno de los elementos de especial relación, incluso derivado por la manifestación realizada por Sergio García Ramírez en el voto razonado del Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006), consiste en vincular el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. En esta ocasión García señala:

> No, no lo hay y muchos tratadistas mexicanos estiman que el control de convencionalidad está subsumido al control de constitucionalidad y dado que la constitución asume los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, basta con que sea invocado el control de constitucionalidad, ese es un punto de vista (…). El control de convencionalidad tiene como objetivo, meta, punto de llegada entre otras cosas la creación de un derecho común interamericano y eso no se puede hacer a partir de las normas constitucionales y de las convencionales, yo creo que gozaría de mucho bien tener un procedimiento claramente establecido y no estar sujetos a interpretaciones judiciales o doctrinales. (S. García, comunicación personal, 2 diciembre de 2016)

De esta forma revela la importancia de fijar un procedimiento para el ejercicio del control de convencionalidad. De lo contrario –como en el caso colombiano hipotéticamente– existe un temor frente a una eventual configuración de conductas punibles como el prevaricato por omisión.

Evolución del control de convencionalidad y su aplicabilidad por parte de los Estados signatarios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Respecto a la evolución del control de convencionalidad, establece Sergio García que esta ha sido "dispersa, diversa, heterogénea", habiendo "una aplicación variable en los distintos estados, ha habido conceptos que no necesariamente son coincidentes, acerca de cómo se debe ejercer el control de convencionalidad y quien debe ejercerlo y con qué efectos" (S. García, comunicación personal, 2 diciembre de 2016).

Categoría emergente: control judicial (exclusivo) de convencionalidad.

Ha dejado sentado su criterio Sergio García Ramírez frente a que el ejercicio del control de convencionalidad debe ser difuso exclusivamente

en su sentido judicial. Asimismo, está en desacuerdo frente a que toda autoridad deba ejercerlo, como quedó establecido en la resolución de cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay (2011), no obstante, señala el jurista mexicano que:

> [A]hí es donde se plantean una interrogantes porque en el momento que usted dice eso (haciendo relación a toda autoridad pública), modifica la figura del control de convencionalidad, no digo que no se pueda hacer, digo que esta modificada la figura del control de convencionalidad porque pensada originalmente para los jueces se traslada al poder legislativo, se traslada al poder ejecutivo, se traslada a los órganos constitucionales autónomos, entonces uno se puede preguntar ¿Cómo se pretende que se haga control de convencionalidad la cámara de diputados, como se quiere que se haga control de convencionalidad el presidente de la república, el jefe de una partida militar o el director de la policía?, ya que todos son órganos del Estado, todos son agentes del Estado, si todos pueden hacer control, la pregunta inmediata ¿Cómo lo ejercen? ¿Y para que fines el órgano judicial a usted le dice, hago control de convencionalidad y le aplico esta norma, porque es contrario a la convención? O le expulso del orden interno, porque es contrario a la convención. (S. García, comunicación personal, 2 diciembre de 2016)

Categoría emergente: elementos a definir en el control difuso de convencionalidad por las autoridades.

De forma coherente con la categoría previa, señala Sergio García Ramírez la necesidad de establecer los principales elementos en el ejercicio del control difuso de convencionalidad por las autoridades:

> (…) "muy bien si ya pusimos en manos de todas las autoridades el control de convencionalidad" ¿Qué significado tiene eso? ¿Cómo lo va a hacer? El juez ya sabe cómo la va a hacer, diciendo, acá tengo una norma acá tengo otra norma, voy a revisar está conforme a la otra, es decir la norma controlante voy a revisar la norma controlada con esta y ahí llego a una conclusión, muy bien, eso es muy lógico. ¿Pero las otras autoridades que hacen? ¿El poder ejecutivo que hace? ¿La gente de autoridad (sin pensar en el presidente) que hace? Estos funcionarios que van a hacer, diciendo "aquí tengo la convención y aquí la norma nacional la voy a interpretar y a mirar si se adecua a la convención americana y si no se adecua ¿Qué voy a hacer? Invalidarla, expulsarla,

> suprimirla, no aplicarla ¿Qué voy a hacer?". Vamos más despacio con un poco más de reflexión, otros dirían con un poco menos de entusiasmo. (S. García, comunicación personal, 2 diciembre de 2016)

Aplicación del control de convencionalidad en materia de reparación integral frente a daños antijurídicos.

Si bien es cierto, esta investigación se fijó como objeto de estudio el control de convencionalidad y el accionar desde medio de control de reparación directa. Lo anterior, sin desestimar que uno de los principales elementos en sí es la reparación integral frente a casos de graves violaciones de DDHH, a lo que Sergio García Ramírez de forma categórica señaló:

> Pues esa reparación, la Corte Interamericana, las ha definido, su contenido y su alcance. Esa es la norma que tenemos que aplicar, y de este modo la aplica al caso concreto de orden nacional. No, difiere, es igual si usted interpreta libertad, derechos y reparaciones. (S. García, comunicación personal, 2 diciembre de 2016)

Esto reafirma la construcción del control de convencionalidad a utilizar por parte del juez de responsabilidad estatal y reparación integral a la hora de establecer las medidas de reparación, teniendo como presupuesto los estándares fijados por la Corte IDH.

Finalidad u objetivo para el cual ha sido concebido el control de convencionalidad.

Aduce Sergio García Ramírez como principal finalidad del control de convencionalidad la de construir un derecho común interamericano –que incluso puede hacer referencia a aquella teoría propuesta por *Kant en La paz perpetua* (2003)– bajo los siguientes términos:

> (…) yo pienso que es, la construcción de un derecho interamericano, no me quiero reducir a la pequeña escala a la aplicación de una norma, que puede ser muy importante en un caso en concreto, lo cual es posible e importante, pero no es lo más importante. Lo más importante es crear un derecho interamericano de Derechos Humanos, el control de convencionalidad para interpretar la convención y luego para aplicar la convención a las normas nacionales. (S. García, comunicación personal, 2 diciembre de 2016)

El margen de apreciación nacional frente al control de convencionalidad.

A este punto Sergio García Ramírez señala:

El tema del margen de apreciación nacional puede correr independientemente del control de convencionalidad, ya que no necesariamente están asociados de forma insoluble; el control nacional representa un modo especifico a escala nacional de entender la convención americana porque no todas las circunstancias son idénticas, eso… entre nosotros los latinoamericanos es riesgoso porque nuestro modo (digamos) de madurez democrática y de madurez jurídica (…)

Conceptualización del control de convencionalidad.

Como concepto el jurista García establece la siguiente:

(…) es un medio para alcanzar la conformidad de las normas nacionales, con las normas internacionales con las cuales nos hemos comprometidos todos los estados americanos, es una regla, es un cotejo, un método de cotejo, entre unas normas y otras, la convencional y las nacionales, las controladoras, controlante y la controlada, para buscar adecuarlas, para que digan lo mismo. (p. 10)

Control de convencionalidad desde la concepción de un magistrado del Tribunal Administrativo de Norte de Santander

Una vez abordadas las generalidades del control de convencionalidad desde la concepción de quien estuvo al interior del Tribunal Interamericano al momento de creación y evolución del instrumento; para dar respuesta a la pregunta problema formulada resulta necesario acudir a los jueces de Cúcuta. En primer lugar, se encuentra a un operador jurisdiccional del nivel territorial que se desempeña como magistrado del Tribunal Administrativo de Norte de Santander encontrando las siguientes categorías.

Origen de la obligación de ejercer el control de convencionalidad por el juez administrativo.

El magistrado entrevistado concibe el ejercicio del control de convencionalidad y, en general, la observancia del ordenamiento jurídico

convencional bajo un criterio de subsidiario. En otras palabras, desde su criterio este se ejercerá cuando el ordenamiento jurídico interno complejo no pueda responder a los conflictos que se gesten en la sociedad. Prueba de ello es que adujo la posición "en que el juez de la república llega a la necesidad de revisar dentro de sus fallos ya no solo la ley sino también la jurisprudencia internacional" (S. García, comunicación personal, 2 diciembre de 2016). En un apartado posterior de la entrevista realizada agrega:

> (…) señores jueces ustedes ya no están tan sometidos a las normas internas aquí, dese cuenta de que hay un campo de normas que están ahí mismo pues porque no las producimos aquí interiormente, pero sí tenemos una obligación de apropiarnos de ellas.

Posición respecto a la subregla establecida por el Consejo de Estado en relación con que el juez administrativo es juez convencional.

De forma coherente a la respuesta anterior, centra su atención en que se es juez convencional en la medida que el ordenamiento jurídico interno resulta insuficiente (formal y materialmente) para la resolución del caso concreto que se conoce por la Jurisdicción Administrativa como juez de reparación. Al respecto señala:

> (…) el problema surge cuando tenemos el criterio del consejo de estado diferente al de la Corte Interamericana; cómo entender y supeditar la decisión de una autoridad de alguna manera extranjera aun cuando reconocida en Colombia a través de los convenios que se tienen, lo cierto es que *el sistema jurídico colombiano se resiente*, y es básicamente porque los jueces estamos acostumbrados o *por lo menos hemos limitado nuestras decisiones a las normas jurídicas internas, a las jurisprudencias de las altas cortes* (…) entonces mire cómo nosotros acudimos como *jueces de convencionalidad en la medida en que en principio no encontramos nada internamente* [énfasis agregado]; si no lo dice la jurisprudencia nos toca acudir allá. (S. García, comunicación personal, 2 diciembre de 2016)

Esto revela sin lugar a duda una posición supremamente formalista y reduccionista del sistema jurídico. Está soportado en que incluso desconoce el primer pronunciamiento realizado por la Corte IDH frente al ejercicio

de *una especie de control de convencionalidad* que adujo en el párrafo 124[90] de la sentencia correspondiente al caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006). A pregunta derivada, se le cuestionó al magistrado si consideraba definitivamente su ejercicio con un carácter subsidiario, a lo cual agregó:

> Yo diría que es subsidiario, porque es que la gente solamente acude a allá cuando considera que no se le satisfizo internamente; *por eso creo que es subsidiario* [énfasis agregado], en la medida en que la gente considere que a plenitud se les garantiza los derechos que tenían aquí no va a acudir internacionalmente. (S. García, comunicación personal, 2 diciembre de 2016)

Categoría emergente: el control de convencionalidad como medio para estandarizar la justicia.

De las preguntas realizadas al magistrado sujeto de investigación se deriva su propuesta del control de convencionalidad y, en general, la pretensión de los órganos internacionales de estandarizar la justicia, como la Corte IDH. En ese sentido, aduce:

> (…) pero tal vez es un concepto que me surge ahora es *un estándar de justicia*, es lo que se está buscando, ese *control de convencionalidad lleva a eso, a llevar un estándar de justicia* [énfasis agregado], y el estándar que tenemos interno es diferente al externo y lo que quieren ellos es que sean iguales, el sistema también presiona al propio juez. (S. García, comunicación personal, 2 diciembre de 2016)

Esta definitivamente permite afirmar, haciendo una relación clara con los resultados alcanzados en los objetivos previos, que efectivamente el control de convencionalidad tiene entre sus fines la conformación de un *corpus*

[90] "La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". (caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 2006, párr. 124)

iuris interamericano. Asimismo, propende por la garantía del efecto útil de la CADH y, en general, la multiplicidad de instrumentos internacionales.

Incidencia del control de convencionalidad en la reparación integral de víctimas.

En relación con la incidencia del control de convencionalidad, al respecto de las medidas y componentes de la reparación integral en hechos que constituyen graves violaciones de DDHH, el sujeto entrevistado señaló:

> (…) yo creo que para el caso colombiano y específicamente en temas relacionados con los derechos de las víctimas del conflicto, estas del proceso penal como sujetos de especial protección buscan el ejercicio involuntario del Control de Convencionalidad, en el sentido que las reglas esas, *estándares del sistema interamericano permiten evitar la impunidad total de los crímenes* [énfasis agregado] y específicamente en casos puntuales de paramilitarismo, grupos alzados en armas con el propósito de lograr al menos parcialmente el derecho a la verdad (…) yo pensaría que ese control de convencionalidad de verdad ha tratado de proteger la violación de ese tipo de derechos humanos, pero estamos cometiendo otra vez el mismo error. (S. García, comunicación personal, 2 diciembre de 2016)

Finalidad u objetivos del control de convencionalidad.

Encuentra el magistrado que el principal objetivo o finalidad del control de convencionalidad es "la protección de violación de derechos humanos".

Dicotomía entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional respecto al control de convencionalidad.

En relación con la dicotomía entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional respecto a la recepción del control de convencionalidad, lo considera como "aparente". Enuncia que ambos tribunales están mirando hacia la "convencionalidad"; asimismo, agrega:

> (…) entonces yo sí creería que no es posible creer que la Corte Constitucional es menos Convencionalista que el consejo de Estado, yo en realidad no estoy convencido de eso, tal vez lo que ha habido desafortunadamente unos dichos o señalamientos inclusive coyunturales y también inclusive de la composición de la Corte (…) lo que creo del

> consejo de estado y la corte es que todos están mirando hacia la convencionalidad; *ojo, en la medida de lo posible de que con el derecho interno no garanticemos esa protección total* [énfasis agregado] y esa garantía de la tutela efectiva del ciudadano; si la garantizamos yo creo que no necesitaría irnos hasta allá. (S. García, comunicación personal, 2 diciembre de 2016)

Lo anterior permite inferir y ratificar la posición del operador jurisdiccional respecto al ejercicio del control de convencionalidad y la observancia al ordenamiento jurídico convencional. A partir del análisis con los resultados alcanzados en los objetivos anteriores, lleva a pensar que el ejercicio del mecanismo interamericano se puede encontrar disminuido en sus efectos y fines dado que su observancia siempre dependerá de la imposibilidad del orden interno en la resolución de los conflictos. Lo anterior, en tanto que la garantía de los DDHH exige un carácter dinámico y complementario entre sistemas, cuyo fin máximo no sea otro que la protección y garantía de los derechos y libertades allí previstos.

Categoría emergente: impedimentos para el ejercicio del control de convencionalidad.

Probablemente puede ser la categoría de mayor importancia a lo largo del trabajo. Es la explicación de la posible restricción en el ejercicio del control de convencionalidad por los jueces nacionales y puede resumirse en dos aspectos: primero, la ausencia de regulación en su ejercicio que conlleva; segundo, cierto temor en incurrir en un prevaricato o en resultados negativos en la calificación de la función judicial, en los siguientes términos:

> Yo realmente veo en el control de convencionalidad y en la aplicación de normas de carácter internacional previstas por la comisión que está bien pero que hay que hacerle algunos ajustes. (…) entonces yo puedo no estar de acuerdo con lo que dice el superior, pero si me van a calificar todos los años como lo hacen nos toca atenernos. (S. García, comunicación personal, 2 diciembre de 2016)

Por lo anterior, surge la clara necesidad de establecer un procedimiento para el ejercicio del control de convencionalidad –y por qué no de la excepción de inconvencionalidad por vía de bloque– que responda a aquella postura del juez Sergio García Ramírez, como se indicó de forma precedente en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006):

> 128. (…) En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también "de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente *en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales* [énfasis agregado] correspondientes.

Es justamente esas competencias y regulaciones procesales correspondientes las que habrá que definirse internamente para asegurar el ejercicio del control de convencionalidad, así como los objetivos que con él se persiguen. Algunos de estos son: una mayor garantía de los derechos humanos; garantizar el efecto útil del ordenamiento jurídico convencional; prevenir la configuración de un hecho ilícito internacional que conlleve una declaratoria de responsabilidad internacional contra Colombia.

Control de convencionalidad desde la concepción de juez administrativo de Cúcuta

Este documento propende por agotar los tres estamentos frente al ejercicio del control de convencionalidad por los jueces, en este caso del orden interamericano, nacional y local. Busca concluir la manera en la cual los operadores jurisdiccionales conciben el mecanismo de compatibilidad. Por tanto, a continuación –y luego de un proceso de categorización y análisis de la información– se presenta un extracto de las respuestas generadas en la entrevista al juez administrativo de Cúcuta, a partir de las categorías descritas.

Origen de la obligación de ejercer el control de convencionalidad por el juez administrativo.

Encuentra que el origen o la fuente de la obligación de ejercer el control de convencionalidad por el juez administrativo surgió con dos momentos cruciales: primero, con el desarrollo teórico del instrumento al interior de la jurisprudencia del alto tribunal; segundo, en el caso colombiano especialmente derivado de las sentencias proferidas por la Corte IDH en casos contra Colombia. Específicamente, señala el caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia (2005), a lo que el juez de la república aduce:

> [E]n donde observaba que la forma de repararse se limitaba a un aspecto meramente indemnizatorio, (…) y es así como creo yo en la sentencia Mapiripán vs. Colombia, es donde se... básicamente la Corte interamericana, entre líneas le dice al Consejo de Estado, "si, siguen indemnizando a las víctimas con un aspecto meramente económico, van en contra vía de la Convención, como un preaviso, de vamos a seguir expidiendo sentencias complementarias a las expedidas por el juez administrativo nacional".

En efecto, es posible referenciar el párrafo 214 del caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia (2005) en que el Tribunal Interamericano menciona:

> 214. La Corte estima que la reparación integral de una violación a un derecho protegido por la Convención no puede ser reducida al pago de compensación a los familiares de la víctima. En el presente caso, no obstante, la Corte valora algunos de los resultados alcanzados en dichos procesos contencioso-administrativos, que incluyen algunos aspectos que abarcan las reparaciones por conceptos de daño material e inmaterial, los cuales tomará en cuenta al momento de fijar las reparaciones pertinentes, a condición de que lo resuelto en esos procesos haya hecho tránsito a cosa juzgada y que sea razonable en las circunstancias del caso.

Es posible inferir entonces que para el juez de la república entrevistado –lo cual resulta lógicamente comprensible– la obligación del juez administrativo como regulador de reparación en la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo nace con providencias. Como la referenciada en que el Tribunal Interamericano reconoce la insuficiencia de la indemnización como elemento por excelencia de reparación, sino que es deber otorgar plena observancia a otras medidas de reparación que cumplan con la garantía de integral sobre la misma.

Posición respecto a la subregla establecida por el Consejo de Estado en relación con que el juez administrativo es juez convencional.

Como se observó en relación con las subreglas fijadas por el Consejo de Estado[91] en el Expediente 40060 de 2014 acerca del control de convencionalidad, ha señalado en multiplicidad de providencias que el juez administrativo es uno convencional, por tanto, se encuentra llamado a aplicar de forma directa el ordenamiento jurídico convencional. Al estar de acuerdo con esta postura, incluso a título de órgano como circuito judicial, el operador jurisdiccional señala:

> (…) El juez administrativo al hacer un adecuado control de convencionalidad desde la perspectiva interna pues es un garante de la materialización de los principios de la convención y no solamente el juez administrativo sino todo operador jurídico al cual se le pone en conocimiento una petición, una reclamación… pues es el primer garante de la Convención Americana, y pues recordemos que la Convención Americana, si bien algunos defienden la supra constitucionalidad (…) la Convención Americana de Derechos Humanos tiene un igual rango o inclusive superior a la misma constitución política.

De esta forma, se tiene que el juez entrevistado no encuentra objeción; por el contrario, halla plenamente razonable la subregla fijada por el Consejo de Estado en relación con que el juez administrativo –en términos de la jurisprudencia interamericana– no solo se encuentra sometido al imperio de la ley nacional; adicionalmente, derivado de la ratificación y aprobación de un tratado como la Convención –y en general el *corpus iuris* interamericano– surge su obligación de ejercer una especie de control de convencionalidad, alcanzando especial relevancia en materia de reparación integral, soportado en el carácter funcional de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa en materia de reparación integral.

Incidencia del control de convencionalidad en la reparación integral de víctimas.

Encuentra el juez de la república entrevistado que sin lugar a duda el control de convencionalidad incide sobre la reparación integral de las

[91] "L"En ese orden, comoquiera que la jurisdicción interna, en ejercicio de la administración de justicia, está llamada a actuar como juez interamericano a nivel nacional en los casos de graves violaciones a derechos humanos, esta Sala ejercerá un control de convencionalidad a la conducta omisiva del Estado en el presente caso y determinará si este quebrantó normas internacionales de derechos humanos" (Expediente 40060 de 2014).

víctimas, al punto que reconoce los estándares fijados por la Corte IDH en los siguientes términos:

> (…) la Corte Interamericana nos ha dado unos importantes estándares para aparar de manera integral el daño, e inclusive pues el Consejo de Estado ha hecho fórmulas que pensaría yo se encuentran o son formulas legitimas dentro del margen de apreciación que tiene el Concejo de Estado colombiano, como una institución de derecho administrativo diferentes a las demás instituciones de derecho administrativo. (S. García, comunicación personal, 2 diciembre de 2016)

La respuesta generada por el juez administrativo permite la generación de una categoría emergente, que podemos denominar el *diálogo jurisdiccional.* Es una postura propuesta por doctrinantes en la materia y obedece a que bajo criterios como mayor garantía de la persona (principio pro-homine) o la progresividad en los derechos humanos, los tribunales de Estados nacionales pueden efectuar interpretaciones de mayor garantía de los derechos y libertades del *corpus iuris* interamericano, lo que podría genera un diálogo activo y complementario entre jurisdicciones de diverso orden. En este apartado es posible citar a Bazán (2017):

> Una significativa vía de articulación consiste en el trazado de líneas de cooperación de los tribunales internos y la Corte IDH y en la prefiguración de un "diálogo judicial" entre ellos, en orden a que los órganos máximos de justicia constitucional de los Estados integrados al Sistema de la CADH acaten los estándares fijados por el Tribunal Interamericano, pero que correlativamente este tenga presente las observaciones que desde los contextos jurisdiccionales nacionales se formulen a sus criterios jurisprudenciales. Ello así para fortalecer cualitativamente la tutela multinivel de los derechos humanos y disminuir los riesgos de eventuales dificultades en el funcionamiento concreto del control de convencionalidad. (p. 722)

Prueba de que esta teoría pueda adoptarse al interior del ordenamiento jurídico colombiano consiste en que el Consejo de Estado ha presentado importantes avances en materia de reparación. En palabras del juez administrativo se aduce en:

> También el (…) Consejo de Estado creo yo que ha hecho un importante aporte, en materia de reparación de daños, no solamente

> recogiendo esos estándares de la Corte IDH sino también haciendo su interpretación acorde a ese margen de apreciación, (…) como ha dicho el profesor Humberto Sierra Porto, cuando desempeñaba sus funciones como presidente de la Corte IDH, es que no solamente es recibir estándares sino también observar qué aporte se le puede dar. Entonces creo yo que el Concejo de Estado ya inclusive aporta a la Corte IDH eh… formas de reparar el daño. (S. García, comunicación personal, 2 diciembre de 2016)

Finalidad u objetivos del control de convencionalidad.

Al interior de la jurisprudencia de la Corte IDH se ha planteado como gran finalidad del control de convencionalidad la garantía de los derechos humanos y el asegurar el efecto útil de la Convención por las autoridades en el Estado. Adicionalmente, y de forma coherente, el juez administrativo concibe que derriba limitaciones de corte fronterizo y/o migratorio. En este caso acude a posturas filosófica-jurídicas como la Kantiana en *La paz perpetua* (2003), por ejemplo:

> La comunidad –más o menos estrecha– que ha ido estableciéndose entre todos los pueblos de la tierra ha llegado ya hasta el punto de que una violación del derecho, cometida en un sitio, repercute en todos los demás; de aquí se infiere que la idea de un derecho de ciudadanía mundial no es una fantasía jurídica, *Dicotomía entre el Consejo de Estado y la Corte Constitucional respecto al control de convencionalidad* [énfasis agregado]. (p. 13)

En este caso el juez de la república en materia administrativa señaló:

> Con el control de convencionalidad pues se eliminan las barreras fronterizas de la protección a los derechos humanos, efectivamente va conforme al discurso de que los derechos humanos no parten de la condición nacional, racial o sexual de la persona o de su titular sino de la condición humana (…) entonces tenemos esa dimensión teórica y subjetiva del derecho universal, de los derechos humanos como un derecho natural, y tenemos el instrumento o la parte objetiva que es la herramienta para lograrlo, efectivamente, es el control de convencionalidad. (S. García, comunicación personal, 2 diciembre de 2016)

De esta forma, en la concepción del juez de la república entrevistado, dogmáticamente halla fundamento sustantivo respecto a los derechos y garantías objeto de protección. En adición, desde el punto de vista práctico igualmente se tiene el control de convencionalidad como el mecanismo (derecho objetivo) para ello.

Dicotomía en la concepción del control de convencionalidad entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

De acuerdo con los resultados alcanzados se tiene que materialmente la Corte Constitucional reconoce y ejerce el control de convencionalidad sin perjuicio que formalmente exista cierta restricción a reconocerlo. Es por tal razón que hipotéticamente pudiese presentarse que un juez administrativo es obligado a acatar las subreglas por su máximo órgano jurisdiccional funcional. Igualmente podría incurrir en un prevaricato en caso de desconocer (en ausencia igualmente de la carga argumentativa) el precedente fijado por el Tribunal Constitucional en sede abstracto. Por tanto, la distinción en la concepción de una y otra corporación la resume en el estudio de convencionalidad realizado (por vía de bloque de constitucionalidad), al mencionar que:

> (…) Creo que lo que sucede es que la Corte Constitucional, si lo pasamos al plano interno la doctrina, al momento de describir el control de convencionalidad del sistema interamericano, dice "pues hay un control abstracto de convencionalidad" que es el que se hace con opiniones consultivas, que también es vinculante y así sea un reglamento es vinculante… y el control concreto de convencionalidad es el que hace la misma Corte, al momento de decidir un caso concreto de responsabilidad, entonces el problema aquí es que el control abstracto… y concreto de constitucionalidad, está en diferentes tribunales, entonces obviamente la posición la… interpretación del mismo varía (…). (S. García, comunicación personal, 2 diciembre de 2016)

Por lo anterior, a efectos de analizar la información aportada por los jueces de diferentes niveles, se propone el siguiente esquema como resultado de las entrevistas realizadas.

El juez director del proceso y su carácter convencional como sujeto llamado a materializar los derechos humanos[92]

Con la entrada en vigor de la Constitución del año 1991, Colombia adoptó la figura de Estado social de derecho bajo los presupuestos señalados en el artículo primero superior. Desde su misma concepción[93] y la creación de los mecanismos constitucionales –especialmente la acción de tutela– el juez asumió un rol importante frente a la materialización de los derechos fundamentales constitucionales a través de lo que se ha denominado control constitucional de competencia subjetiva (Velandia, 2016). Adicionalmente, parte de la evolución que ha presentado Colombia hasta un *Estado Constitucional Convencionalizado* (Velandia, 2015) por elementos que serán señalados en el presente documento y caracterizado por figuras como el bloque de constitucionalidad (Ramelli, 2004), la constitucionalización del derecho internacional y su internacionalización (Quinche, 2009).

La figura del juez como director del proceso ha tenido amplio desarrollo en la jurisprudencia colombiana. Se concluye que su concepción como *mero regulador de formas procesales* ha tenido una transformación hacía la de ser un *servidor vigilante, activo y garante de los derechos materiales*. Incluso desde tribunales internacionales –específicamente la Corte IDH– se reconoce la obligación en cabeza del poder judicial hacia el respeto y protección de las garantías y libertades consagradas –en primera y no única medida– en la CADH.

A partir de esto, y estableciendo como formulación del problema la incidencia del derecho procesal en la garantía del derecho internacional de los DDHH, se propone la concepción del juez convencional en Colombia como principal sujeto materializador de los DDHH, en su rol como director del proceso. Lo anterior, desde mecanismos judiciales creados en el orden interno e internacional (de obligatoria adopción nacional) frente a la funcionalidad del operador jurisdiccional hacia la protección y efectividad de las garantías y libertades previstas en el *denominado ius commune internacionale.*

Esta ponencia surge como propuesta en ejecución del proyecto de investigación al interior de la maestría en derecho administrativo de la Universidad Simón Bolívar. Tiene por objeto de estudio el análisis del ejercicio del control de convencionalidad por los jueces administrativos en la ciudad de Cúcuta. Parte de su creación por parte de la Corte IDH hasta el amplio alcance reconocido por el tribunal de cierre de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo.

---

[92] Ponencia propuesta y aceptada con ocasión del Concurso de Derecho Procesal organizado por la Universidad de Medellín en categoría de profesionales

[93] Véase Sentencia T-535 de 2015.

Para efectos metodológicos se propone el siguiente desarrollo: primero, el juez en el Estado social de derecho como director del proceso y su función frente a la efectividad de los derechos fundamentales constitucionales. Segundo, el carácter convencional del juez en el ordenamiento jurídico colombiano. Tercero, instrumentos judiciales para la garantía de los DDHH en el ordenamiento jurídico colombiano. Cuarto, vicisitudes en el ejercicio de los instrumentos para la garantía de los DDHH. Quinto, el camino hacia la excepción de inconvencionalidad y, sexto, conclusiones.

El juez en el Estado social de derecho como director del proceso y su función frente a la efectividad de los derechos fundamentales constitucionales.

La figura del juez de la república como operador jurídico, soportado en el carácter dinámico del derecho, al igual que el funcionamiento y estructura del Estado ha sufrido transformaciones a partir del derrotero que se tiene para ejercer la función pública de administrar justicia. Teniendo como *hito* la Constitución de 1991 y la consolidación de un Estado social de derecho, las exigencias jurídicas y sociales en cabeza de los operadores jurisdiccionales han trascendido a la concepción y materialización de principios, como la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y la plena observancia de principios, valores y reglas sobre las cuales se construye el andamiaje jurídico en Colombia.

La Corte Constitucional y la acción de tutela han sido consideradas como las grandes innovaciones de la Carta Magna. La primera, bajo las disposiciones del artículo 241 superior[94], es el órgano de cierre constitucional y encargada de la guarda e interpretación de la Constitución; conscientes que a través de sus providencias se ha creado la doctrina del denominado "precedente vinculante"[95]–en su sentido vertical y horizontal–. Entre sus principales fundamentos tiene la materialización de los principios mediante la configuración de subreglas que permitan su mayor grado de cumplimiento.

Por su parte, la acción de tutela actúa como el mecanismo de aplicación directa para la protección de derechos fundamentales constitucionales bajo las disposiciones del artículo 86 superior. Su reglamentación se encuentra en el Decreto 2591 de 1991 –de naturaleza subsidiaria– pero que con desarrollo del precedente constitucional se ha establecido su procedibilidad

[94] "A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones (…)" (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 241).
[95] Véase Sentencia C-836 de 2001.

contra providencias judiciales –fijando sus causales genéricas y específicas–; entre otros elementos, justificado por el denominado defecto procedimental que es la clara muestra frente a la importancia del juez de la república en la materialización de los derechos, a saber:

> La Corte Constitucional ha señalado que, por disposición del artículo 228 Superior, las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas. (Sentencia T-268 de 2010)

De esta forma, desde la lógica de la Corte Constitucional el derecho procesal funciona como medio para la materialización de los derechos y, con ello, la prevalencia del derecho sustancial. Tal lo señaló en la Sentencia C-029 de 1995 al establecer:

> Las normas procesales tienen una función instrumental. Pero es un error pensar que esta circunstancia les reste importancia o pueda llevar a descuidar su aplicación. (…) Cuando el artículo 228 de la Constitución establece que en las actuaciones de la Administración de Justicia "prevalecerá el derecho sustancial", está reconociendo que el fin de la actividad jurisdiccional, y del proceso, es la realización de los derechos consagrados en abstracto por el derecho objetivo, y, por consiguiente, la solución de los conflictos de intereses. Es evidente que, en relación con la realización de los derechos y la solución de los conflictos, el derecho procesal, y específicamente el proceso, es un medio.

En adición al desarrollo pretoriano por las Altas Cortes en Colombia, y condicionando la función legislativa, al interior de los sistemas procesales más relevantes en el ordenamiento jurídico colombiano se concibe al juez como el "director del proceso"[96]. Establece figuras que materializan tal directriz tales como "las pruebas de oficio"[97], la "carga dinámica de la prueba"[98] y "las medidas cautelares innominadas"[99]. Parte de la necesidad de un

[96] El artículo 42 del Código General del Proceso (CGP).
[97] Con algunos pormenores, bajo el entendido que desde el CGP el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso-Administrativo se tiene el deber-facultad de decretar y practicar pruebas de oficio. No obstante, en el ámbito penal se tiene total prohibición bajo las disposiciones del artículo 361 de la Ley 906 de 2004.
[98] El artículo 167 del CGP, el cual por integración normativa aplica igualmente para el proceso dentro de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo.
[99] El artículo 590 del CGP aplica igualmente para el proceso dentro de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo por integración normativa.

correcto actuar de este, teniendo en cuenta su relación frente a la verdad y la justicia; son términos que conceptualmente exigirían una mayor discusión, pero cuya relación por parte del juez de la república en palabras de la Corte Constitucional es un deber de plena observancia; como se establece, verbigracia, en la Sentencia T-264 de 2009:

> Como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, la facultad oficiosa del juez deviene en un deber derivado de su papel como director del proceso y de su compromiso por hallar la verdad como presupuesto de la justicia, especialmente, si se toma en cuenta que la ley no impuso límites materiales al decreto de pruebas por parte del juez, como sí ocurre en el caso de las partes.

Es válido mencionar que más allá de las distintas especialidades y jerarquía del juez de la república, ha entendido la Corte Constitucional que en materia de tutela, por ejemplo, todos los jueces ostentan la calidad de constitucionales. Son llamados a la garantía de los derechos fundamentales constitucionales en el ejercicio de su función jurisdiccional. Al respecto, el Auto 087 de 2001 señala:

> El sistema de control constitucional adoptado por el constituyente de 1991 contiene importantes innovaciones sin apartarse de la tradición centenaria colombiana del sistema mixto. En efecto, aunque acentuó los elementos concentrados al crear la Corte Constitucional y al atribuirle la función de revisar las decisiones relativas a la acción de tutela, mantuvo elementos difusos, como la aplicación preferente de la Constitución (art. 4 de la C.P.), y enalteció la función de todos los jueces, sin importar su especialidad por la jurisdicción a la cual pertenezcan, como guardianes de los derechos constitucionales fundamentales (art. 86 de la C.P.).

Sin embargo, el actuar del juez de la república se encuentra condicionado constitucionalmente a tal punto que, sin ostentar la calidad de constitucional desde el punto de vista formal por la inexistencia de una jurisdicción especializada, su deber de aplicación directa de la misma no se reduce en materia de tutela. En cambio, en el ejercicio ordinario de administrar justicia, sea en materia civil, laboral, penal u otra, se encuentra llamado a velar por las garantías procesales de incidencia directa en materia sustancial. Esto es soportado en que puede configurarse lo que se denominaba al

interior de la Corte Constitucional como "vías de hecho", que con su desarrollo jurisprudencial ha determinado como defectos en las decisiones judiciales. Respecto a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas la Sentencia SU-659 de 2015 aduce:

> (…) por tratarse de una atribución reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la misma se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y, principalmente, por los valores, principios, derechos y garantías que identifican al actual Estado Social de Derecho.

Para ello conciben la procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial, cuyas causales y características han sido definidas por el desarrollo jurisprudencial[100] a la fecha realizado por la Corte Constitucional.

Por lo anterior, el rol de director del proceso que se ha establecido para el juez de la república incluye el deber funcional de garantizar la aplicación directa de la Constitución y, con ella, los derechos fundamentales constitucionales allí establecidos y de esta derivados. Incluye todo aquello que obedezca al denominado bloque de constitucionalidad (sea en sentido estricto o lato), por lo que el ejercicio de administrar justicia se encuentra favorablemente condicionado, dada la constante y profunda transformación del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano.

El carácter convencional del juez en el ordenamiento jurídico colombiano.

Bajo el esquema de bloque de constitucionalidad[101] y, en general, el reconocimiento por parte del Estado en materia de tratados y convenios internacionales se ha suscitado en el ordenamiento jurídico colombiano una discusión frente a la obligatoriedad en la aplicación de las disposiciones, derivada de estos instrumentos y, con ello, el carácter convencional del juez de la república. Parte de las obligaciones que se derivan del ejercicio jurisdiccional en pleno reconocimiento de derechos fundamentales constitucionales (a nivel interno) y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (a nivel mundial).

[100] Véase Sentencia T-631 de 2008, T-889 de 2011, T-010 de 2012, T-059 de 2015.
[101] Véase "Sistema de fuentes del Derecho Internacional Público y 'bloque de constitucionalidad' en Colombia" (Ramelli, 2004).

Desde la jurisprudencia de la Corte IDH se ha reconocido elementos relevantes frente al ejercicio jurisdiccional por los Estados signatarios de la CADH como el reconocimiento que los jueces están sujetos al imperio de la ley[102]; no obstante, cuando el Estado ratifica un instrumento como la Convención –mediante la Ley 16 de 1972 en el caso colombiano– les obliga a velar por los efectos de sus disposiciones. Tal es el caso que en multiplicidad de casos la Corte Constitucional ha hecho estudios a profundidad acerca de instrumentos internacionales y providencias emitidas por la Corte IDH. Para esto internamente se han definido acciones y/o mecanismos judiciales para la garantía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así como el control de convencionalidad de origen externo y aplicación directa en Colombia. Estos serán abordados de forma enunciativa y propuesta, buscando probar, posteriormente, que resultan insuficientes hacia su garantía real.

Acerca de la función del juez y su papel trascendental respecto a la aplicación de precedentes fijados por la Corte IDH, como bien lo afirma Santofimio (2017):

> 277. Lo anterior, en la jurisprudencia interamericana resulta de ser de la mayor trascendencia para los jueces en todos los órdenes, en cuanto que no son meros ejecutores formales de las normas legales, sino que, en consideración de su rol funcional que desempeñan dentro del Estado Social de Derecho, es su obligación, antes que nada, ser garantes de la corrección constitucional y convencional en la interpretación y aplicación de las normas legales, al igual que ejercer, ex oficio, el control de convencionalidad que les impone en razón de la fuerza vinculante de los de los tratados de Derechos Humanos y su doctrina. (p. 322)

Desde la presente ponencia se defiende la postura según la cual el juez de la república, independiente a su competencia, jurisdicción o nivel jerárquico, tiene la obligación de aplicar de forma directa las disposiciones propias del ordenamiento jurídico convencional material (objetivo). De esta manera, adquiere la categoría de interamericano y convencional, bajo los siguientes presupuestos:

> 552. Para estos efectos el Juez nacional se entiende incorporado a la convención, actor estelar y garante de la misma (subjetiva) habilitado por vía del tratado en especial el artículo 2 de la misma para adoptar

[102] Descripción que guarda relación con la interpretación inicial del artículo 230 superior, sin perjuicio del precedente constitucional que fija la Corte Constitucional.

> las decisiones que corresponda con el fin de hacer prevalecer los mandatos y principios convencionales. El juez nacional es un juez "interamericano y convencional" que aplica el ordenamiento jurídico del cual hace parte la preceptiva y los principios convencionales. Aplicación conforme al orden sustancial y a los parámetros de los precedentes convencionales y opiniones consultivas de la CIDH. (Santofimio, 2017, p. 410)

Bajo esta perspectiva, y una vez configurado el carácter convencional e interamericano del juez de la República en Colombia, a continuación serán señalados los instrumentos judiciales que permiten la aplicación directa de la CADH y el *corpus iuris* interamericano. Lo anterior, propendiendo por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 1 y 2 convencional, en relación con la garantía en el ejercicio de los derechos y libertades allí consagradas; así como la adopción de las medidas de todo orden para tal fin, entre ellas, las de carácter judicial.

Instrumentos judiciales para la garantía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por parte del juez en Colombia.

De forma directa, frente a la garantía de los derechos fundamentales derivado de la protección constitucional de la cual gozan bajo los postulados de Estado social de derecho (artículo 1 superior); incluyen aquellos derechos fundamentales de reconocimiento jurisprudencial[103] y finalizan en la materialización de la no negación de otros bajo la categoría de *derechos innominados* (artículo 94 superior). Para estos casos, en principio configura la acción de tutela como mecanismo judicial de carácter sumario y preferente (artículo 86 superior) con desarrollo reglamentario en el Decreto 2591 de 1991 y toda su evolución jurisprudencial. Si bien es cierto, como ha sido señalado, bajo esta perspectiva el juez de la república con carácter funcional constitucional juega un papel importante; resulta de trascendencia aquellas herramientas establecidas desde el mismo sistema jurídico que permiten al operador jurisdiccional de forma oficiosa la defensa de los DDHH a través de la aplicación directa de la Constitución, sea esta en estricto sentido o por vía de bloque de constitucionalidad.

[103] Puede traerse a colación el derecho fundamental autónomo de la salud, de amplio desarrollo jurisprudencial a partir de la Sentencia T-760 de 2008. .

Para ello, a efectos de establecer los mecanismos judiciales de aplicación oficiosa cuyo objeto sea la garantía constitucional de los derechos fundamentales se abordará de forma sucinta la excepción de inconstitucionalidad desde su naturaleza y objeto; así como el control de convencionalidad como deber de carácter convencional (procedente de la obligación estatal derivada del artículo 2 de la CADH) en la adopción de las disposiciones derivadas del ordenamiento jurídico convencional material que encuentra su origen primario en la CADH.

La excepción de inconstitucionalidad.

Sin duda, la excepción de inconstitucionalidad es uno de los instrumentos que ostenta el juez para la garantía de derechos fundamentales y aplicación directa de la Constitución. Su origen es de carácter jurisprudencial y su naturaleza se encuentra relacionada con la materialización del principio de supremacía constitucional (artículo 4 superior). Su sentido es la inaplicación de una norma de rango infraconstitucional (entiéndase de carácter legal o reglamentario) cuyas disposiciones resultan contrarias a la Constitución. En ese sentido, en cabeza del juez de la república y en palabras de la Corte Constitucional en la Sentencia T-298 de 2004, es una obligación:

> Los jueces de la República tienen el deber de aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando quiera que adviertan en un caso concreto que existe incompatibilidad entre la norma legal (o de inferior jerarquía) a aplicar y la Constitución, de suerte que la constitucionalidad de una decisión judicial queda en entredicho cuando se abstiene de cumplir dicho deber. Mientras que los jueces ordinarios tienen el deber de inaplicar la ley contraria a la Constitución, por tratarse de una obligación a la cual están sujetos todos los funcionarios públicos, tratándose de jueces de tutela, este deber es específico, por corresponder al ámbito funcional propio de la jurisdicción constitucional.

Lo anterior permite afirmar que frente a una eventual contradicción entre normas de carácter infraconstitucional y la Carta Magna, el juez de la república –sobre todo en materia de garantía de derechos fundamentales– deberá ejercer el control de constitucionalidad por vía de excepción, como señaló en la Sentencia C-122 de 2011. Esto denota el carácter mixto del sistema constitucional en Colombia y representa un elemento de materialización del principio de dignidad humana y con él los derechos y garantías propias del Estado social de derecho.

No obstante, es válido mencionar en este apartado que, como ha sido establecido por la Corte Constitucional, sus efectos son en principio *inter-partes.* Sin embargo, por desarrollo jurisprudencial se estableció su efecto *inter pares* mediante el Auto 071 de 2001 bajo los supuestos de:

> En todos los casos en los cuales deba decidirse una acción de tutela, los jueces quedan cobijados por los efectos inter pares de esta providencia, lo cual asegura que el principio de supremacía constitucional sea efectivamente respetado y que los derechos fundamentales que requieren por mandato de la Carta "protección inmediata" (artículo 86 de la C. P.), no se pierdan en los laberintos de los conflictos de competencia que impiden que se administre pronta y cumplida justicia en desmedro de los derechos inalienables de la persona (artículo 5 de la C.P.).

Adicionalmente al efecto *inter-partes* como regla general en la excepción de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional encuentra como restricción adicional su aplicación respecto de normas que ostenten la calidad de cosa juzgada constitucional, por haber sido sometidas a análisis de constitucionalidad por parte del Tribunal mediante ejercicio de control de constitucionalidad abstracto. Según la Sentencia T-704 de 2012:

> La regla derivada de la jurisprudencia reseñada consiste en que una vez que mediante sentencia de constitucionalidad, que hace tránsito a cosa juzgada y tiene efectos generales y vinculantes, se ha hecho un pronunciamiento sobre la compatibilidad de un precepto legal con la Constitución, el aplicador del derecho no puede abstenerse de aplicar la norma amparándose en la excepción de inconstitucionalidad, respecto de un ámbito normativo que se encuentra específicamente cobijado por esa declaratoria de exequibilidad.

Igualmente, se encuentra como excepción el que los argumentos propuestos por el juez de la república en ejercicio del control de constitucionalidad por vía de excepción sean diferentes a los cargos formulados y analizados por la Corte Constitucional contra la norma infraconstitucional que hace tránsito a cosa juzgada constitucional. Lo anterior confirma el papel trascendental que ostenta el juez de la república frente a la garantía en el ejercicio de los derechos derivados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Asimismo, en la excepción de inconstitucionalidad se tiene un instrumento de vital importancia bajo el entendido que su aplicabilidad

es de carácter concreto para el caso que conoce, siempre que observe una incompatibilidad entre la Constitución (incluyendo por vía de bloque la CADH) y una norma de menor jerarquía normativa, en plena observancia de las condiciones fijadas por la Corte Constitucional.

El control de convencionalidad.

Aun cuando será señalado posteriormente, no existe en Colombia un concepto pacífico frente al ejercicio del control de convencionalidad. Desde el año 2006 se estableció por la Corte IDH el carácter difuso del instrumento por parte del poder judicial; instauró la obligación de ejercerlo bajo los términos que serán descritos a continuación. En adición, se tiene como referencia cuatro providencias emitidas por el Tribunal Internacional, identificando momentos en su desarrollo.

Más allá que de forma precedente a la sentencia del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (2006) se habría mencionado[104] el término de *control de convencionalidad;* con esta providencia la Corte IDH estableció lo que tratadistas como García (2011) y Ferrer Mac-Gregor (2013) han catalogado como carácter de *difuso.* Esto es soportado en los siguientes elementos previstos en el párrafo 124 de la sentencia frente al deber de ejercer *una especie de control de convencionalidad,* así: primero, reconociendo que los jueces a nivel interno están sometidos al imperio de la ley; segundo, derivado de la ratificación de un tratado internacional como la CADH, en donde sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella; tercero, ello les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, de igual manera, desde un inicio carecen de efectos jurídicos, encontrando relación con el cumplimiento del artículo 2 de la CADH; cuarto, y último, teniendo en cuenta además la interpretación que de ella realiza la Corte IDH.

Posteriormente[105], mediante la sentencia del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México (2010) se adicionó un elemento importante del ejercicio del control de convencionalidad –más allá de los establecidos en el desarrollo jurisprudencial–. Este señala el carácter *ex officio* por parte del juez de la república en los siguientes términos:

[104] Se hace referencia a la sentencia proferida para el caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala del año 2003, en voto razonado del juez Sergio García Ramírez. Igualmente, en el año 2003 la Corte IDH profiere la sentencia para el caso Tibi vs. Ecuador (2004).

[105] Teniendo como presupuesto que a la fecha de construcción de la presente ponencia se han emitido más de 40 sentencias en que se mencione el término *control de convencionalidad.*

> 225. (…) Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un "control de convencionalidad" entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Bajo el entendido que extiende el espectro de destinatarios en la obligación de ejercicio del control de convencionalidad a todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles. Según Sagües (2014), teniendo como material controlante la *Convención Americana y material controlado las normas internas,* de acuerdo con el *marco de competencias y regulaciones procesales correspondientes.* Este es uno de los elementos principales que pueden incidir en la carente adopción del control de convencionalidad por los jueces a nivel interno. Dicha postura será desarrollada a mayor profundidad en los próximos acápites, frente a lo que para efectos de este artículo se pudiese denominar (García, 2011).

El caso Gelman vs. Uruguay (2011), pero sobre todo la resolución de supervisión de cumplimiento emitida por la Corte IDH de fecha 20 de marzo de 2013, reafirmó algunos a tener en cuenta: primero, la ampliación en el espectro[106] hacia lo que podemos denominar publicización del control de convencionalidad; segundo, el momento de aplicación al señalar que resulta materializable en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención[107], lo que se traduce en la aplicación abstracta y concreta del control de convencionalidad; tercero, responde a un control dinámico en materialización del principio de complementariedad. Cuarto, el ejercicio del control de convencionalidad que "posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de una determinada Sentencia de la Corte Interamericana" (párr. 73), como ha bien lo reconoció –de forma contradictoria desde la perspectiva de los investigadores– frente a un control de convencionalidad debido, oportuno y comprehensivo por

[106] Bajo el supuesto que "es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención" (párr. 72).

[107] Señala la Corte que en casos "como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana" (párr. 69).

parte de Colombia en la emisión de la Sentencia T-367 de 2010 a efectos de una tutela en sede de Revisión interpuesta por víctimas del caso las Masacres de Ituango.

Finalmente, dentro de la evolución histórica del control de convencionalidad es factible abordar el caso Tenorio Roca y otros vs. Perú (2016). En un caso contencioso por una presunta configuración de un hecho ilícito internacional, allí el Tribunal reconoce abiertamente el ejercicio debido y oportuno del control de convencionalidad llevado a cabo por el estado peruano materializado en la tipificación en su Código Penal de la conducta desaparición forzada (párr. 231).

Lo anterior denota la obligación de los jueces –sin mencionar las demás autoridades– nacionales frente a ejercer el control de convencionalidad. Esto se traduce en efectuar un estudio de compatibilidad entre las normas de carácter interno frente a las disposiciones de la CADH y la interpretación que realiza la Corte IDH de esta realiza, de aplicación directa; como fue señalado en la aclaración de voto del Magistrado Alberto Rojas Ríos en la Sentencia C-586 de 2016, a saber: "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el derecho convencional y el derecho del Sistema Interamericano de Protección son derecho vigente, tan vigente como el derecho contenido en las leyes y demás normas que se expide en Colombia".

Vicisitudes en el ejercicio de instrumentos judiciales para la garantía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De acuerdo con lo anterior, es factible manifestar dos instrumentos judiciales con que cuenta el juez de la república y que, consecuentemente, configuran la obligación del juez de la república de otorgar plena observancia a la Constitución. Sea propiamente del cuerpo normativo (en sentido estricto) o por vía de bloque de constitucionalidad, con argumentos de raigambre internacional debidamente ratificados en el ámbito interno; se está bajo la existencia de herramientas procesales que materializan –por lo menos en teoría– del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (subjetivo-objetivo). No obstante, es de fácil observancia que se presentan dificultades frente a su alcance en la garantía de los derechos fundamentales constitucionales y aquellos propios del Derecho Internacional de Derechos Humanos.

Ausencia de un procedimiento frente a la excepción de inconstitucionalidad.

Como ha sido afirmado por estudiosos del derecho, hoy en día la excepción de inconstitucionalidad carece de funcionalidad y materialización dada la ausencia respecto a la regulación de carácter procesal. Así lo manifiesta Velandia (2016):

> (...) creemos que esta institución, carece de un método procesal o procedimiento para su aplicación, por lo que muchas veces no es utilizada, simplemente por no saberse cómo puede aplicarse o en otras ocasiones puede ser incluso la causa de la violación de los derechos fundamentales de las partes procesales por ser sorpresiva. (p. 7)

Posteriormente, Valencia (2014) comenta lo referido a los efectos de dicha ausencia de regulación:

> (...) lo cual ha llevado a un escaso número de decisiones de excepción de inconstitucionalidad o de protección de los derechos fundamentales directamente en el proceso, toda vez que las partes no saben cómo proponerlo y el juez no sabe cómo iniciarlo, tramitarlo ni resolverlo. Esta ausencia de procedimiento ha impedido que se desarrolle un verdadero incidente de control de constitucionalidad como debería ser y ha generado una suerte de inseguridad para las partes, como quiera que la excepción de inconstitucionalidad (inaplicación de la ley inconstitucional) se decreta en la sentencia. (p. 17)

Lo anterior permite afirmar con meridiana claridad que la carencia de procedimiento frente a su ejercicio puede limitar el ejercicio jurisdiccional frente a la garantía del *efecto útil* de las normas constitucionales. Por tanto, es necesario establecer que su regulación procesal implicará un espacio intermedio que permita su ejercicio reconociendo los siguientes elementos: materialización de la autonomía jurisdiccional; garantía de los derechos fundamentales y/o DDHH; así como el deber de aplicación directa de la Constitución.

Ausencia de procedimiento frente al control de convencionalidad e indeterminación en su concepción al interior del ordenamiento jurídico colombiano (control judicial de convencionalidad).

De forma similar a lo que ocurre con la excepción de inconstitucionalidad frente a su procedimiento, el control de convencionalidad corre análoga suerte. Tiene como presupuesto que desde la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006) se reconoce que su ejercicio deberá realizarse "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes". Justamente la ausencia de dichas regulaciones ha impedido realmente el reconocimiento unificado del control de convencionalidad en el ordenamiento jurídico colombiano.

Como resultado de lo anterior se presenta una indeterminación –incluso confusión– acerca de su concepción. Existen posiciones divergentes entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado frente a su concepción y lugar al interior del ordenamiento jurídico colombiano. La primera ha afirmado en múltiples providencias que "no es juez de convencionalidad" (Sentencia C-941 de 2010) bajo criterios de supremacía de la Constitución y la interpretación armonizada de los Convenios Internacionales. Entre tanto el Segundo Tribunal, en desarrollo jurisprudencial reciente (aproximadamente desde el año 2013), ha afirmado el carácter convencional e interamericano del juez administrativo, verbigracia en Expediente 34.349 de 2016, correspondiente al caso Jaime Garzón Forero.

Sin lugar a duda, lo anterior impide la aplicación real del ordenamiento jurídico convencional de forma directa. Crea espacios de incertidumbre frente al mismo e incluso desconocer las disposiciones de la Convención de Viena sobre Tratados (1969) en relación con su cumplimiento de buena fe (objetiva) y el principio de *pacta sunt servanda.*

El camino hacia la excepción de inconvencionalidad.

A partir de posturas tales como la existencia de un ordenamiento jurídico convencional material con dinámica ampliada (Santofimio, 2017) surge la aplicación de una *excepción de inconvencionalidad.* Ha sido determinada por Santofimio (2017) a título de definición y aplicación, al señalar:

> La aplicación prevalente y directa de las normas y principios convencionales soporta la procedencia de una clara "excepción de inconvencionalidad" (subjetiva) en manos de las autoridades judiciales de los países miembros. Los jueces de todos los países miembros en el ámbito de sus competencias deberán dar estricta aplicación a la convención, procediendo incluso "a inaplicar por inconvencional", cualquier norma nacional contraria a ella, cuando la misma estuviere vigente y el órgano competente para su supresión o modificación no hubiere cumplido con los deberes que le demanda el artículo 2 de la convención. (p. 475)

Después de una definición doctrinal de aquello que pudiese entenderse como excepción de inconvencionalidad, así como su objeto, se proponen tres supuestos bajo los cuales resultaría procedente, cada uno con un grado de intensidad diferente.

Incompatibilidad entre norma de rango legal frente a normas de carácter convencional.

No resulta novedoso que una norma de rango legal[108] resulte contraria a las disposiciones de la CADH y/o la interpretación que de ella realice la Corte IDH –haciendo parte del ordenamiento jurídico convencional (Santofimio, 2017)–, desconociendo abiertamente las obligaciones derivadas del artículo 2 de la CADH en relación con la adopción de las medidas internas para su garantía y efectividad. No obstante, en propio sentido no sería la aplicación de excepción de inconvencionalidad; en realidad, al establecer qué es una excepción de inconstitucionalidad por vía de bloque de constitucionalidad, algunos autores como Velandia (2015) lo definen en los siguientes términos:

> Cuando un juez del derecho interno realiza una suerte de control difuso de convencionalidad, en el fondo está realizando una suerte de control de constitucionalidad, como quiera que la CADH es parte de nuestra Constitución. En este último evento, (...) o por vía de excepción, cuando se pretende inaplicar una disposición del derecho interno por vulnerar uno de los derechos humanos convencionales, evento en el cual deberá darse aplicación al control incidental de constitucionalidad. (p. 45)

[108] Es posible mencionar: caso Barrios Altos vs. Perú (2002); caso Masacre El Mozote y Lugares Aledaños vs. Honduras (2012); caso Ataravia Murillo vs. Costa Rica (2012).

Lo anterior permite afirmar que el ejercicio de excepción de inconvencionalidad en realidad sería un ejercicio de control de constitucionalidad por vía de excepción. Como consecuencia, la CADH se concibe en sí misma como parte del bloque de constitucionalidad en su sentido estricto tal cual lo ha señalado Quiroga (2015):

> (...) el efecto amplificador del bloque genera que el respeto y acatamiento de la Convención por parte de los Estados que lo suscribieron se convierta en el respeto y acatamiento de sus propias cartas constitucionales, y, el mecanismo o herramienta que ha servido para la defensa efectiva de la Convención respecto de las violaciones a sus valores, principios, reglas es a lo que se ha denominado "control de convencionalidad". (p. 84)

Incompatibilidad entre norma de rango constitucional frente a normas de carácter convencional.

Lo complejo resulta bajo el supuesto de una contradicción aparente entre normas de carácter constitucional[109] en su visión más estricta y disposiciones propias del ordenamiento jurídico convencional desde su visión natural, derivada de la CADH. Asimismo, que no sea susceptible de la teoría de armonización propuesta en la Sentencia SU-712 de 2013 bajo los presupuestos de:

> El reconocimiento de los tratados internacionales en esta específica materia impone a la Corte Constitucional el deber de establecer fórmulas de interpretación que hagan posible, en lugar de confrontar los órdenes jurídicos nacional e internacional, armonizarlos adecuadamente. No puede entonces plantearse una relación de predominio incondicionado de uno sobre otro sino, considerando los derechos fundamentales constituyen un eje de ambos, identificar posibilidades interpretativas que aseguren su máxima realización.

No obstante, hoy es de fácil observancia algunas disposiciones constitucionales que eventualmente resultarían contrarias al *corpus iuris* interamericano, por ejemplo, es el caso de la facultad que ostenta el Procurador General de la Nación para destituir e inhabilitar a funcionarios públicos incluso de elección popular; esto resulta incompatible –en principio– frente a la CADH que establece como límite infranqueable la existencia de una

[109] Es posible mencionar el caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile (2001).

sentencia penal. Entonces, es procedente una eventual *excepción de inconvencionalidad* justificada por la incompatibilidad entre dos normas constitucionales: una propiamente del cuerpo normativo en su sentido estricto y otra del efecto amplificador del bloque de constitucionalidad, es decir, norma constitucional incompatible frente a norma constitucional, como un posible escenario de aplicación.

Incompatibilidad entre norma de rango constitucional, con declaratoria de exequibilidad que no admiten excepción de inconstitucionalidad, frente a normas de carácter convencional.

Aún de mayor complejidad resultaría el escenario de una norma constitucional en el sentido estricto frente a una disposición de carácter convencional, habiendo sido abordada la primera por la Corte Constitucional, como máximo órgano jurisdiccional del ordenamiento jurídico colombiano, en conocimiento de una acción pública de inconstitucionalidad. Esto implica el efecto *erga omnes* y el carácter de precedente obligatorio frente a sus determinaciones. De ahí que no resultaría, en principio, otra observancia por el Tribunal por vía de acción, teniendo en cuenta el carácter de *cosa juzgada constitucional* derivada de las disposiciones del artículo 243 superior. Esto implica un claro impedimento en el ejercicio del control de convencionalidad por vía de excepción, como se propone, a menos que:

- La demanda pública obedezca a argumentos (o cargos) distintos a los que motivaron el primer análisis de constitucionalidad.
- Sea la excepción de inconvencionalidad la que obedezca a argumentos divergentes frente a los que motivaron la presentación de la acción pública de inconstitucionalidad.
- A partir de la carga argumentativa de raigambre constitucional se justifique: primero, que la norma declarada exequible por la Corte Constitucional no satisface el juicio de validez material frente al ordenamiento jurídico convencional. Segundo, que resulte de mayor garantía la norma convencional frente a la constitucional –aun cuando haya sido declarada su exequibilidad– bajo el presupuesto del principio pro-homine previsto en el artículo 29 de la CADH.

Lo anterior sin perjuicio que la falta de una u otra sea el ejercicio de control de constitucionalidad por vía de excepción o excepción de inconstitucionalidad, así como el ejercicio de control de convencionalidad por vía de excepción o excepción de *inconvencionalidad,* requieran regulación procesal partiendo de este tipo de supuestos que denotan la clara incidencia del derecho procesal en la materialización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Lo anterior, a partir de establecer las herramientas con las cuales el juez (en papel protagónico y estelar) maximice la observancia de las mismos.

A raíz del desarrollo que se presentó dentro de este capítulo, con respecto a la percepción que se tiene desde la judicatura del distrito administrativo de Cúcuta y Norte de Santander, es posible evidenciar cómo se han propiciado espacios judiciales donde el control de convencionalidad ha sido aplicado a la par de desarrollo del precedente que ha ejercido el Consejo de Estado, en esta misma jurisdicción territorial, por medio del medio de control de reparación directa.

Exordio conclusivo

La principal conclusión a la que llega esta investigación consiste en la importancia del momento actual de la efectiva protección de DDHH por la configuración de mecanismos mediante los cuales se logre asegurar este amparo. En ese orden de ideas, se logró evidenciar a lo largo de los capítulos que componen esta investigación la existencia de un mecanismos que tiene esta finalidad, como es el caso del control de convencionalidad. A pesar de tener antecedentes dentro del desarrollo jurisprudencial francés, para el caso del SIDH –del cual se ocupa la presente investigación– se remonta a votos razonados desde el 2003, hasta su firmeza dentro de la Corte IDH, por medio del caso de Almonacid Arellano y otros vs. Chile en el 2006.

La naturaleza de este tipo de control está enfocada en determinar a la dignidad humana como el centro de todo proceso encaminado a lograr presentar un avance significativo. Lo anterior, de cara a procesos que favorezcan la protección de los DDHH, en cada uno de los Estados sobre el cual existe jurisdicción por parte del SIDH.

Al interior del ordenamiento jurídico convencional material existe amplio desarrollo en relación con los elementos sustantivos y adjetivos del control de convencionalidad. En el primer caso se encuentra lo que pudiese denominarse –sin perjuicio que algunos hayan acudido a tal categoría– un bloque de convencionalidad en sentido amplio y estricto (haciendo una analogía con Colombia y el bloque de constitucionalidad). Como principal criterio posee el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH que conlleve su consecuente aceptación como intérprete natural y autorizado del mismo. En el segundo caso, de la jurisprudencia de la Corte IDH y sus opiniones consultivas se derivan elementos adjetivos tales como criterios de admisibilidad, efectos, finalidad, destinatarios y sistema. En estos dos últimos existen aspectos principales desarrollados en este trabajo al existir una amplificación en el espectro de ejercicio del control de convencionalidad hacia toda autoridad; así como la ratificación de una propuesta hacia su ejercicio mediante un sistema de carácter dinámico y complementario entre el orden interno y el internacional.

Todo lo descrito y debidamente sustentado dentro del primer capítulo que compone la presente investigación está enfocado en lograr presentar espacios en los cuales se consiguió precisar en la actualidad una construcción dogmática fuerte alrededor de este tipo de control de convencionalidad.

Como se ha evidenciado, esto permite toda una integración tipológica enfocada a determinar los tipos de control, los funcionarios obligados a realizarlos, el objeto de control y la materia controlante. A su vez, posibilita un control debidamente sustentado dentro del precedente de la Corte IDH; sin embargo, pero como se evidencia a lo largo de los resultados presentes dentro de esta investigación, también se nutre por el alcance que dentro de los Estados nacionales se hace de este tipo de control.

Del estudio de múltiples providencias emitidas por la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, en relación con el control de convencionalidad desde su punto de vista teórico y sobre todo práctico; se encuentra una aparente dicotomía en su concepción. Ambos tribunales reconocen el carácter vinculante de los instrumentos internacionales que cumplen con los criterios de los artículos 93 y 94 superiores. No obstante, esa contradicción aparente tiene efectos en su ejercicio por jueces de menor jerarquía; por tanto, puede afirmarse que materialmente los máximos tribunales en materia de reconocimiento y protección de derechos fundamentales constitucionales (Corte Constitucional) y de reparación (Consejo de Estado) ejercen el control de convencionalidad.

De las entrevistas aplicadas con el objeto de establecer la concepción del juez administrativo frente a la aplicación del control de convencionalidad, en los procesos iniciados por el medio de control de reparación directa, se encuentra dos tipos de posturas: por una parte, una errónea concepción jerárquica del ordenamiento jurídico convencional respecto al interno, tomando el primero en un sentido subsidiario. De otro lado, una postura garantista con formación en DDHH para su adopción plena; no obstante, debido a su insuficiencia en la definición de las competencias y regulaciones procesales a que se refiere la jurisprudencia interamericana.

Lo anterior conlleva a un urgente llamado hacia proponer metodologías que fortalezcan la formación jurisdiccional enfocada a la defensa de los derechos y garantías previstas en la CADH y demás instrumentos internacionales que propendan su efectividad. En ese sentido, soportado en la tesis que defiende la figura del juez como director del proceso e investido del poder del Estado; quien es el principal sujeto llamado a materializar los DDHH.

Existen criterios al interior del *corpus iuris* interamericano como el principio *pro-homine* y la progresividad de los DDHH. Estos parten de su conocimiento teórico, así como práctico y, en caso de que lo crea necesario,

permitirán al juez nacional el ejercicio de una excepción de *inconvencionalidad* al punto de "apartarse" del precedente fijado por las Altas Cortes en Colombia. Esto ocurre siempre que encuentre su contradicción con las posturas señaladas por la Corte IDH bajo efectuar un análisis donde el factor o criterio prevalente deberá ser el de mayor garantía de los DDHH en Colombia.

La principal respuesta (o resultado) esbozada dentro de esta investigación consiste en determinar la fortaleza jurídica con la cual cuenta este tipo de control. Especialmente, evidenciar a lo largo de estas dinámicas cómo su aplicación en el interior de los ordenamientos nacionales tiene una variación dentro de los diferentes órganos que lo lleguen a aplicar. No obstante, la premisa del amparo de los DDHH, y la necesidad de mantener la dignidad humana, se convierten en supuestos que permiten evidenciar un ejercicio de control multinivel, tanto desde el control de constitucionalidad y subsidiarios, como del control de convencionalidad.

Entonces, desde la comunidad académica deberá abordarse el tema a partir de un punto de vista práctico, propendiendo por positivizar adjetivamente una metodología jurídica hacia el ejercicio del control de convencionalidad. Asimismo, creando un parámetro de ejercicio en favor de los jueces nacionales que, sin lugar a dudas, –aunado a la mejor formación a los operadores de justicia en Colombia– facilitará su activación que tendrá como norte la defensa de los DDHH en sede nacional, materializado con los principios de subsidiariedad y complementariedad del SIDH.

Referencias

A-52: *Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador"*. Artículo 2. 17 de noviembre de 1988.

Bazán, V. (2017). La vinculación entre el control de convencionalidad y la Responsabilidad del Estado por violación a los Derechos Humanos. En H. Miranda et al. (Coords.), *Los principios cardinales del derecho constitucional. Nueva Jurídica.* https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/33204.pdf

Brewer, A. y Santofimio, J. (2013). C*ontrol de convencionalidad y responsabilidad del estado.* Universidad Externado de Colombia.

Calderón, A. y Agudelo, S. (2016). Control de convencionalidad concentrado sobre actos de la asamblea constituyente en Colombia. *Advocatus, 14*(27). https://www.unilibrebaq.edu.co/ojsinvestigacion/index.php/advocatus/article/view/727

Castilla, K. (2014). Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional. *Revista Derecho del Estado, 33,* 149-172. https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3960

Fajardo, Z. (2015). *Control de convencionalidad. Fundamentos y alcance. Especial referencia a México.* Comisión Nacional de los Derechos Humanos. http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CPCDH16.pdf

Ferrer Mac-Gregor, E. (2013). El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. *Urbe et ius: Revista de Opinión Jurídica,* (11), 27-39. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf

García, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C., 5*(28), 123-159. https://doi.org/10.35487/rius.v5i28.2011.68

García, D. y Palomino J. (2013). El control de convencionalidad en el Perú. *Pensamiento Constitucional,* (18), 223-241.

Hitters, J. (2013). Un avance en el control de convencionalidad. (El efecto 'erga omnes' de las sentencias de la Corte Interamericana). *Estudios Constitucionales, 11*(2), 695-710. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002013000200018

Kant, I. (2003). *La paz perpetua.* Biblioteca Virtual Universal.

Nash, C. (2019). Control de convencionalidad. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,* (7).

Olano, H. (2016). *Teoría del control de convencionalidad. Estudios Constitucionales, 14*(1), 61-94. http://www.redalyc.org/pdf/820/82046567003.pdf

Organización de los Estados Americanos. (22 de Noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. 7-22 de noviembre de 1969. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

Quinche, M. (2014). *El control de convencionalidad.* Temis.

Quinche, M. (2009). El control de convencionalidad y el sistema colombiano. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional,* (12), 163-190. http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf

Quiroga, E. (2015). *Derecho Procesal Constitucional.* Fundación Universitaria Juan D Castellanos. https://fliphtml5.com/hhhjw/yuuw/basic

Ramelli, A. (2004). Sistema de fuentes del derecho internacional público y "bloque de constitucionalidad" en Colombia. *Cuestiones Constitucionales,* (11), 157-175. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2004.11.5711

Ramelli A. (2012). Relaciones entre los controles de convencionalidad y de constitucionalidad en Colombia. *En Derecho Procesal Constitucional* (Tomo 3, Vol. 3). VC Editores.

Rincón, E. (2013). ¿Cómo funciona el control de convencionalidad?: definición, clasificación, perspectiva y alcances. *Revista Iter Ad Veritatem, 11*(11), pp. 197-214. http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/view/579

Sagües, N. (2010). Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales, 8*(1), 117-136. https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf

Sagües, N. (2013). Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La "Constitución Convencionalizada". En A. Von Bogdandy et al. (Coords.), *Estudos avançados de direitos humanos.* Elsevier.

Sagües, N. (2014). Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. *Revista de Investigações Constitucionais, 1*(2), 23-32. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=534056248003

Sagües N. (2015). Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana en el control de convencionalidad. *IUS ET VERITAS,* (50). https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14822

Santofimio, J. (2017). *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ideas fuerza rectora* (1ª ed.). Universidad Externado de Colombia.

Velandia, E. (2015). *Derecho constitucional convencionalizado y justicia constitucional.* VC Editores Ltda.

Velandia, E. (2016). La justicia constitucional en Colombia. En *Justicia Constitucional* (pp. 189-226).

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Caso Serie C No. 154. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Parágrafo 123 (Septiembre 26 de 2006).

Andrade Salmón vs. Bolivia. Serie C No. 330. Fondo, reparaciones y costas. (Diciembre 1 de 2016).

Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica. Caso Serie No. 257. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. (28 de noviembre de 2012).

Atala Riffo y niñas vs. Chile. Caso Serie 239. Fondo, reparaciones y costas. Parágrafo 282 (Febrero 24 de 2012).

Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Caso Serie No. 70. Fondo. (Noviembre 25 de 2000).

Barrios Altos vs. Perú. Caso Serie No. 75. Fondo. (Marzo 14 de 2001).

Boyce y otros vs. Barbados. Caso Serie C No. 169. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. (Noviembre 20 de 2007).

Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Caso Serie C No. 220. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. (Noviembre 26 de 2010).

Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala. Caso Serie C No. 312. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Parágrafo 274 (Febrero 29 de 2016).

Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Caso Serie C No. 227. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. (Julio 1 de 2011).

Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Caso Serie C No. 214. Fondo, reparaciones y costas. (Agosto 24 de 2010).

Corte IDH. *"Otros tratados" objeto de la función consultiva de la corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos),* Opinión Consultiva OC-1/82 de septiembre de 1982.

Corte IDH. *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacionales* (parágrafo 31), Opinión Consultiva OC-21/14 de agosto 19 de 2014.

Corte IDH. *Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexto* (parágrafo 26), Opinión Consultiva OC-24/17 de noviembre 24 de 2017.

Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humano. Artículo 69. 28 de noviembre de 2009.

Corte IDH. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la convención,* Opinión Consultiva OC-14/94 de diciembre 9 de 1994. Serie A No. 14.

Corte IDH. *Medio ambiente y derechos humanos,* Opinión Consultiva OC-23/17 de noviembre 15 de 2017. Serie A No. 23.

Corte IDH. La "Masacre de Mapiripán" vs. Colombia. Caso Serie No. 134. (15 septiembre de 2005).

Fernández Ortega y otros vs. México. Caso Serie C No. 215. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Parágrafo 237 (Agosto 30 de 2010).

Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Caso Serie C No. 238. Fondo, reparaciones y costas. (Noviembre 29 de 2011).

Furlán y Familiares vs. Argentina. Caso Serie C No. 246. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. (Agosto 31 de 2012).

Gelman vs. Uruguay. Caso Serie C No. 221. Fondo y Reparaciones. Parágrafo 23 (Febrero 24 de 2011).

Godínez Cruz vs. Honduras. Caso Serie No. 5. Fondo. (Enero 20 de 1989).

Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Caso Serie C No. 219. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. (Noviembre 24 de 2010).

Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala. Caso Serie C No. 253. Fondo, reparaciones y costas. (Noviembre 20 de 2012).

Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Caso Serie No. 120. Fondo, reparaciones y costas. (Marzo 1 de 2005).

Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Caso Serie C No. 217. Fondo, reparaciones y costas. (Septiembre 1 de 2010).

"Instituto de Reeducación del Menor" vs. Paraguay. Caso Serie No. 112. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. (Septiembre 2 de 2004).

La Cantuta vs. Perú. Caso Serie C No. 162. Fondo, reparaciones y costas. (Noviembre 29 de 2006).

"La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Caso Serie No. 73. Fondo, reparaciones y costas. (Febrero 5 de 2001).

Las niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana. Serie Caso No. 130. (Septiembre 8 de 2005).

Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Caso Serie C No. 276. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Parágrafo 124 (Enero 30 de 2014).

López Álvarez vs. Honduras. Caso Serie No. 141. Fondo, reparaciones y costas. (Febrero 1 de 2006).

López Mendoza vs. Venezuela. Caso Serie C No. 233. Fondo, reparaciones y costas. (Septiembre 1 de 2011).

Masacres de Ituango vs. Colombia. Caso Serie No. 258. (Julio 1 de 2013).

Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Caso Serie C No. 263. Solicitud de interpretación de la sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. (Agosto 19 de 2013).

"Masacre la Rochela vs. Colombia". Caso Serie No. 163. Fondo, reparaciones y costas. (Mayo 11 de 2007).

Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Caso Serie C No. 250. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. (Septiembre 4 de 2012).

Mendoza y otros vs. Argentina. Caso Serie C No. 260. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones. (Mayo 14 de 2013).

Miembros de la Aldea Chichupac y comunidades vecinas del Municipio de Rabinal vs. Guatemala. Caso Serie C No. 328. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Parágrafo 289 (Noviembre 30 de 2016).

Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Caso Serie No. 101. Fondo, reparaciones y costas. (Noviembre 25 de 2003).

"Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Caso Serie No. 63. Fondo. (Noviembre 19 de 1999).

Pollo Rivera y otros vs. Perú. Caso Serie C No. 319. Fondo, reparaciones y costas. (Octubre 21 de 2016).

Radilla Pacheco vs. México. Caso Serie C No. 209. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. (Noviembre 23 de 2009).

Tenorio Roca y otros vs. Perú. Caso Serie C No. 314. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. (Junio 22 de 2016).

"Tibi vs. Ecuador". Caso Serie No. 114. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. (Septiembre 7 de 2004).

Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Caso Serie C No. 158. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. (Noviembre 24 de 2006).

Vélez Loor vs. Panamá. Caso Serie C No. 218. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. (Noviembre 23 de 2010).

Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Caso Serie No. 4. Fondo. (29 de julio de 1988).

Jurisprudencia del Consejo de Estado

Consejo de Estado. Sala Plena. Sección Tercera. Sentencia de Unificación Jurisprudencial – Uso de armas de dotación (C.P. Olga Melida Valle de la Hoz; agosto 28 de 2014).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 34349. (C.P. Hernán Andrade Rincón; abril 17 de 2013).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 40060. (C.P. Enrique Gil Botero; octubre 20 de 2014).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso. Sección Tercera. Expediente 32988 (C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero; agosto 28 de 2014).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 32912. (C.P. Jaime Santofimio Gamboa; agosto 28 de 2014).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 34349. (C.P. Hernán Andrade Rincón; septiembre 14 de 2016).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera-subsección A. Expediente 50231 (C.P. Hernán Andrade Rincón; abril 26 2016).

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Corte Constitucional. Auto 071 de 2001 (M.S. Manual Cepeda Espinosa; febrero 27 de 2001).

Corte Constitucional. Auto 087 de 2001 (M.S. Manual Cepeda Espinosa; marzo 14 de 2001).

Corte Constitucional. Sentencia C-010 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; enero 19 de 2000).

Corte Constitucional. Sentencia C-028 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; enero 26 de 2006).

Corte Constitucional. Sentencia C-029 de 1995 (M.P. Jorge Arango Mejía; febrero 2 de 1995).

Corte Constitucional. Sentencia C-113 de 1993 (M.P. Jorge Arango Mejía; marzo 25 de 1993).

Corte Constitucional. Sentencia C-122 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Perez; marzo 1 de 2011).

Corte Constitucional. Sentencia C-141 de 2010 (M.S. Humberto Antonio Sierra Porto; Febrero 26 de 2010).

Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; mayo 18 de 1995).

Corte Constitucional. Sentencia C-228 de 2002. (M.P. Cepeda, M., Montealegre, E.; abril 3 de 2002).

Corte Constitucional. Sentencia C-269 de 2014. (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; mayo 2 de 2014).

Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; mayo 18 de 2006).

Corte Constitucional. Sentencia C-400 de 1998 (M.P. Alejandro Martínez Caballero; agosto 10 de 1998).

Corte Constitucional. Sentencia C-442 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez; 25 de mayo de 2011).

Corte Constitucional. Sentencia C-500 de 2014 (M.P. Mauricio González Cuervo; julio 16 de 2014).

Corte Constitucional. Sentencia C-580 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil; julio 31 de 2002).

Corte Constitucional. Sentencia C-586 de 2016 (M.P. Alberto Rojas Ríos; octubre 26 de 2016).

Corte Constitucional. Sentencia C-663 de 2009 (M.P. Jorge Pretelt Chaljub; septiembre 22 de 2009).

Corte Constitucional. Sentencia C-941 de 2010 (M.P. Jorge Palacio Palacio; noviembre 24 de 2010).

Corte Constitucional. Sentencia SU659 de 2015 (M.P. Alberto Rojas Ríos; octubre 22 de 2015).

Corte Constitucional. Sentencia SU7-12 de 2013 (M.P. Jorge Palacio Palacio; octubre 17 de 2013).

Corte Constitucional. Sentencia T-264 de 2009 (M.P. Luis Vargas Silva; abril 2 de 2009).

Corte Constitucional. Sentencia T-268 de 2010 (M.P. Jorge Palacio Palacio; abril 19 de 2010).

Corte Constitucional. Sentencia T-271 de 2007(M.P. Nilson Pinilla Pinilla; abril 17 de 2007).

Corte Constitucional. Sentencia T-298 de 2004 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett; marzo 25 de 2004).

Corte Constitucional. Sentencia T-367 de 2010 (M.P. María Calle Correa; mayo 11 de 2010).

Corte Constitucional. Sentencia T-535 de 2015 (M.P. Alberto Rojas Ríos; agosto 20 de 2015).

Corte Constitucional. Sentencia T-564 de 2016 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; octubre 18 de 2016).

Corte Constitucional. Sentencia T-653 de 2002 (M.P. Jaime Araújo Rentería; agosto 15 de 2002).

Corte Constitucional. Sentencia T-653 de 2012 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; agosto 23 de 2012).

Corte Constitucional. Sentencia T-704 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; septiembre 4 de 2012).

Leyes y decretos

Constitución Política de Colombia [Const.]. 7 de Julio de 1991 (Colombia). https://www.redjurista.com/Documents/decreto_2591_de_1991_presidencia_de_la_republica.aspx#/

Decreto 2591 de 1991. [Departamento Administrativo de la Presidencia de la República]. Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Noviembre 19 de 1991.

Ley 1564 de 2012. Por medio del cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. Julio 12 de 2012. DO 48489. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

Ley 16 de 1972. *Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica, firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.* Diciembre 30 de 1972. DO 33780. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=37204

Ley 32 de 1985. *Por medio de la cual se aprueba la "Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados", suscrita en Viena el 23 de mayo de 1969.* Enero 29 de 1985. DO 36856. https://www.apccolombia.gov.co/normativa/ley-32-de-1985

Ley 248 de 1995. *Por medio de la cual se aprueba la Convención Internacional para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, suscrita en la ciudad de Belem Do Para, Brasil, el 9 de junio de 1994.* Diciembre 29 de 1995. DO 42171. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=37821

Ley 319 de 1996. *Por medio de la cual se aprueba el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador", suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988.* Septiembre 20 de 1996. DO: 42884. https://funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma_pdf.php?i=37867

Ley 409 de 1997. *Por medio de la cual se aprueba la "Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura", suscrita en Cartagena de Indias el 9 de diciembre de 1985.* Octubre 28 de 1997. DO 43164. https://www.refworld.org.es/pdfid/5d7fbffca.pdf

Ley 412 de 1997. *Por la cual se aprueba la "Convención Interamericana contra la Corrupción", suscrita en Caracas el 29 de marzo de mil novecientos noventa y seis.* Noviembre 7 de 1997. DO 43168. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0412_1997.html

Ley 707 de 2001. *Por medio de la cual se aprueba la "Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas", hecha en Belém do Pará, el nueve (9) de junio de mil novecientos noventa y cuatro (1994).* Noviembre 28 de 2001. DO 44632. http://www.comisiondebusqueda.gov.co/images/Normatividad/Ley_707_de_2001.pdf

Ley 734 de 2002. *Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.* Febrero 13 de 2002. DO 44708. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=4589

Ley 975 de 2005. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. Julio 25 de 2005. DO 45980. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=17161

Ley 1437 de 2011. *Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.* Enero 18 de 2011. DO 47956. https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=41249

Acerca de los autores

Jaime Cubides-Cárdenas
Abogado y especialista en derecho público de la Universidad Autónoma de Colombia, especialista y magister en docencia e investigación con énfasis en las ciencias jurídicas de la Universidad Sergio Arboleda; así como magister en derecho de la misma casa de estudios. Estudiante de Doctorado en Derecho en la Universidad Católica de Colombia. Docente del programa de derecho de la Fundación Universitaria San Mateo. Correo electrónico: jaimeac@sanmateo.edu.co

Sergio Hernando Castillo Galvis
Abogado y magíster en derecho administrativo de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Especialista en derecho médico de la Universidad Externado de Colombia. Director académico de la especialización y maestría en derecho administrativo de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Profesor investigador adscrito al grupo de Investigación Democracia y Modernización del Estado Colombiano de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Correo electrónico: s.castillo@unisimonbolivar.edu.co

Juan David González Agudelo
Politólogo de la Universidad Pontificia Bolivariana sede Medellín, magíster en derechos humanos y derecho internacional de los conflictos armados de la Escuela Superior de Guerra en Bogotá. Correo electrónico: juand.gonzalez@upb.edu.co

Michelle Picón Carvajal
Abogada y especialista en derecho administrativo. Candidata a magíster en derecho administrativo de la Universidad Simón Bolívar sede Cúcuta. Asesora jurídica de la Secretaria de Desarrollo Municipal de Cúcuta. Correo electrónico: mpiconcarvajal@gmail.com

Diana Ortiz-Torres
Abogada y conciliadora en Derecho de la Fundación Universitaria Los Libertadores. Especialista en Derecho Comercial de la Universidad Libre de Colombia. Paralegal en Brigard & Urrutia. Correo electrónico: dianamarcela.ortiztorres@hotmail.com

Antonio Fajardo Rico
Abogado de la Universidad de la Amazonia, administrador de empresas e ingeniero Industrial de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia UNAD, especialista en derecho contencioso administrativo y gerencia del talento humano de la Universidad de la Amazonia, Especialista en Gestión de Proyectos de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia UNAD, Especialista en métodos y técnicas de la investigación en Ciencias Sociales de la Uniclaretiana, Magíster en derechos humanos y derecho internacional humanitario de la Universidad Católica de Colombia y maestrante en derecho disciplinario de la Universidad Libre. Doctor Honoris Causa Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de Logos International Inc de Florida de EEUU y Doctorando en Derecho de la Universidad Santo